27869

DIE AUSLOBUNG

NACH DEM BGB.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE BEI DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT LEIPZIG

EINGEREICHT VON

WALTER ABIGT

REFERENDAR BEIM KGL. LANDGERICHTE ZU PLAUEN.

BORNA-LEIPZIG
BUCHDRUCKEREI ROBERT NOSKE
1906.

Meinen lieben Eltern

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535720_0086

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Allgemeiner Teil.

§ 1. Einleitung. Begriff und Geschichte der Auslobung 1
§ 2. Der Streit über die juristische Konstruktion der Auslobung . . 14
§ 3. Die Vertragstheorie 20
§ 4. Die Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts 37
§ 5. Das Ergebnis 51

B. Besonderer Teil.

§ 6. Die Erfordernisse der Auslobung 59
§ 7. Die mehrmalige Vornahme der geforderten Handlung 75
§ 8. Die Mitwirkung mehrerer am Erfolge 78
§ 9. Das Erlöschen der Auslobung insbesondere durch Widerruf . . 86
§ 10. Das Preisausschreiben 97

Literaturverzeichnis.

Allgemeines Landrecht, Preußisches (ALR.) von 1794. Kommentierte Ausgabe von Koch. 7. Aufl. Berlin 1878.

Arndts v. Arnesberg, K. L., Lehrbuch der Pandekten. 1861.

Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichtes.

Bekker, E. J. und **Muther, T.,** Jahrb. des gemeinen deutschen Rechts Bd. 2 1857 und Bd. 5 1861 S. 47ff.

Brinz, A., Lehrbuch der Pandekten. Bd. 2. 1860.

Brückmann, Aufsatz in der DJZ. 1903 S. 473.

Brückmann, im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 23 S. 328.

Brummund, Paul, Die Auslobung. Dissert. 1898.

Bruns, Fontes jures Romani antiqui. ed. VI. Leipzig 1893.

Buchka, Dr. Gerhard v., Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des gemeinen Rechts. 3. Aufl. Berlin 1899.

Bülow, G. Fr. v., Abhandlungen über einzelne Materien des römischen bürgerlichen Rechts. Braunschweig 1817.

Busch, Zeitschrift für d. Zivilprozeß. Bd. 6 und 15.

Cosack, B., Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts I. 4. Aufl. Jena 1903/04.

Corpus juris civilis. Digesta von Mommsen.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrechte. Freiburg i. Br. 1897.

Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. unter Mitwirkung von Biermann. Bd. 2. Berlin 1901.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2. 1899—1900.

Eccius, Preußisches Privatrecht I. 7. Aufl. 1896.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 7. Aufl. Berlin 1900.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches: a) für das Großherzogtum Hessen von 1836, b) für das Königreich Sachsen von 1860, c) für das Königreich Bayern von 1861, d) für das Deutsche Reich von 1888.

Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Obligationenrecht. Herausgegeben von Franke. Dresden 1866.

Fischer, Julius, Die Auslobung nach dem BGB. Dissert. Göttingen 1899.

Fischer und **Henle,** Handausgabe des BGB. 6. Aufl. München 1904.

Francke, Wette, Schenkungsversprechen, Werkvertrag und Auslobung. In Hirths Annalen S. 553—555. 1904.

v. Gerber, System des deutschen Privatrechts. 14. Aufl. Jena 1882.

Gierke, Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht. In Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft Bd. 13 S. 218 ff. 1889.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 33.

Hasenöhrl, V., Das österreichische Obligationenrecht in systematischer Darstellung. 2. Aufl. 1899.

Hamm, Oberlandesgerichtspräsident a. D., Zum Prozeß Hoensbroech-Dasbach. In der DJZ. X S. 392. 1905.

Heinsheimer, Zum Begriff Auslobung. In der DJZ. 1904 S. 623 ff.

Jacubezky, Karl, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines BGB. München 1892.

Jhering, Rudolf v. und **Gerber,** Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts IV S. 104 ff.

Karlowa, Dr. Otto, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. Berlin 1877.

Kohler, Zwölf Studien. VIII: Auslobung und Wette, im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 25 S. 1 ff.

Köttgen, Zum Rechtsfall Hoensbroech-Dasbach. Im Recht S. 380 ff. 1904.

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft von Pohl und Windscheid XI S. 337 ff. München 1869.

Kuhlenbeck, Dr., Handausgabe des BGB. 2. Aufl. 1903/04.

Kuntze, in Holzschuhers Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts Bd. 3 S. 293—312. 1864.

Lichtenstein, Die Auslobung. Dissert. Danzig 1893.

Lüdinghausen-Wolff, B. v., Die bindende Kraft des einseitigen Versprechens im heutigen gemeinen Privatrecht. Dissert. 1889.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Bd. 1. 1900.

Mannesmann, Das einseitige Versprechen als Verpflichtungsgrund. Erlanger Dissert. 1897.

Mitteis, Stellvertretung. 1885.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB. II.

Motive zu dem Entwurfe eines BGB. für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Bd. 1 und 2. 1896.

Neumann, Handausgabe des BGB. 4. Aufl. Bd. 1. 1905.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar. Berlin 1899.

Oertel, Dr., Die Lehre von der Auslobung. Dissert. Leipzig 1895.

Planck, Das BGB. Kommentar II. Berlin 1900.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. 2. Berlin 1898.

Puchta, Pandekten. 12. Aufl. 1877.

Regelsberger, F., Zivilrechtliche Erörterungen. Heft 1. Weimar 1868.

Reichsgericht: a) Entscheidungen in Zivilsachen. Verschiedene Bände.
b) Entscheidungen in Strafsachen. Desgl.
c) Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen. Desgl.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechtes. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann, Bd. X.

Sächsisches Archiv Bd. 13 S. 283ff. Aufsatz von Breit: Zur Lehre vom Rechtsgeschäft.

Savigny, Friedrich Karl v., Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. Bd. 2. Berlin 1853.

Sintenis, C. F. F., Das praktische gemeine Zivilrecht. 2. Aufl. 1860—61.

Schmidt, B. G., Vorlesungen über das im Königreich Sachsen geltende Privatrecht. 2 Bde. Leipzig 1869.

v. Scheurl, Lehrbuch der Institutionen. 8. Aufl. Erlangen 1883.

v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts I. 1853.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bd. 9 und 11.

Siegel, Dr. Heinrich, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Rechte. Berlin 1873.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts III. 2. Aufl. Berlin 1885.

Sohm, Der Vertragsschluß unter Abwesenden und mit einer persona incerta. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 17 S. 47ff. 1873.

Sydow und **Busch,** Zivilprozeßordnung. 8. Aufl. Berlin 1898.

Tschirner, De indole ac natura promissionis popularis Auslobung quam vocant. Dissert. 1869.

Unger, Dr. Josef, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht. In Gruchots Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart I. Bd. 12. 1874.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. 1863—69.

Wengler und **Brachmann,** Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, erläutert, I. 1878.

Windscheid, B., Pandektenlehrbuch. 8. Aufl. Herausgegeben von Kipp. Bd. 2. Frankfurt a. M. 1900.

Winkler, Der Rechtsfall Hoensbroech-Dasbach. Im Recht Jahrg. 1904 S. 355ff.

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. Herausgegeben von Dr. Tauchnitz. Bd. 31. Leipzig 1868.

Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines BGB. Bd. 2.

Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des französischen Zivilrechts. 7. Aufl. Herausgegeben von Dreyer. 1886.

A. Allgemeiner Teil.

§ 1.

Einleitung. Begriff und Geschichte der Auslobung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. 8. 1896 behandelt im 9. Titel des 7. Abschnittes seines 2. Buches die Auslobung, ein Rechtsinstitut, das auffallenderweise weiten Kreisen unseres Volkes unter diesem Namen fast völlig unbekannt ist, obgleich es im heutigen Verkehrsleben eine nicht unwichtige Rolle spielt und alltäglich in unzähligen Fällen zu praktischer Anwendung gelangt. In jeder Zeitung, an jeder Anschlagsäule stoßen wir auf Auslobungen, und wir behaupten kaum zuviel, wenn wir sagen, daß fast jeder Mensch einmal in die Lage kommt, eine Auslobung erlassen zu müssen oder auf eine solche hin tätig zu werden. Werden doch heutzutage auf den verschiedensten Gebieten Auslobungen erlassen, und wenn wir, um nur einige Kategorien herauszugreifen, an die Fülle von öffentlichen Belohnungszusagen für die Rückschaffung abhandengekommener Sachen, an die unzähligen Preisausschreiben öffentlicher Körperschaften und Privater, an die vielen mit Prämiierungen verbundenen Ausstellungen u. a. m. denken und uns vergegenwärtigen, daß sie alle unter den Begriff der Auslobung zu subsumieren sind, so werden wir zugeben, daß dieses Institut im heutigen Leben eine überaus praktische Bedeutung erlangt hat. Jedes Kind kennt deshalb den Tatbestand der Auslobung, wennschon nicht unter dieser Bezeichnung, und trotzdem ist diese unserer Umgangssprache bisher fremd geblieben. Auch die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches, das als erstes Gesetzbuch die Bezeichnung in den

Gesetzestext einführt, hat hier bisher keine Änderung zu schaffen vermocht, und es ist u. E. auch nicht anzunehmen, daß der Ausdruck in absehbarer Zeit an Popularität gewinnen werde. Denn nur selten kommt die breite Öffentlichkeit dazu, sich mit einem Auslobungsfall zu beschäftigen und sich dabei zur Bezeichnung des Tatbestands eines prägnanten Ausdrucks zu bedienen.[1])

Es hängt dies mit der hier bereits zu erwähnenden Tatsache zusammen, daß nur in ganz seltenen Fällen die Gerichte in die Lage kommen, sich mit der Auslobung zu befassen,[2]) da die auf Grund einer solchen zwischen dem Auslobenden und den auf sein Versprechen hin tätig Gewordenen angeknüpften Beziehungen sich in aller Regel friedlich entwickeln und fast nie zu Differenzen führen.

Es mag dies zu einem Teile auf der Geringfügigkeit der für gewöhnlich ausgesetzten Belohnungen beruhen, daneben gilt aber auch, was Regelsberger in seinen „Zivilrechtlichen Erörterungen (Heft I, Weimar 1868, S. 117) äußert, daß nämlich „hier stärker als in vielen anderen Verhältnissen ein natürliches Anstandsgefühl zu pünktlicher Erfüllung anspornt.“ [3])

---

[1]) Der Juristensprache gehört der Ausdruck schon lange an. Bereits von Bülow gebraucht ihn in seinen 1817 erschienenen „Abhandlungen über einzelne Materien des römisch. bürgerl. Rechts“. Er findet sich übrigens noch in ganz andrer Bedeutung im deutschen Anerbenrecht, wo er die Abfindung bedeutet, die der antretende Anerbe den übrigen Erben zu zahlen hat (= Brautschatz); zu vgl. v. Gerber, System des deutschen Privatr. 14. Aufl., Jena 1882, S. 705.

[2]) In wichtigeren Sammlungen finden sich folgende auf Auslobungen sich beziehende Entscheidungen: Seufferts Archiv IX, 275, XI, 217, Entsch. des RG. XI S. 281, XV S. 212, Rechtspr. der OLG. X S. 181, Annalen des sächs. OLG. IV S. 255. Seit dem Inkrafttreten des BGB. ist von obergerichtlichen Entscheidungen außer der in ROLG. X nur das Urteil des OLG. Köln in Sachen Hoensbroech-Dasbach bekannt geworden, auf das wir im § 6 näher eingehen. Eine Reichsgerichtsentscheidung liegt noch nicht vor.

[3]) Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, Berlin 1877, führt die Seltenheit der Klagfälle darauf zurück, „daß hier die öffentliche Meinung stärker als in vielen anderen Fällen gegen die Verletzung der Pflicht des Anstands und der Ehrlichkeit reagiere“. Auch dieses scheint beachtlich.

Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in seinem § 657 den Begriff der Auslobung als die im Wege öffentlicher Bekanntmachung erfolgende Aussetzung einer Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges, und mit dieser alle wesentlichen Merkmale hervorhebenden Begriffsbestimmung decken sich im großen und ganzen die vielen Definitionen, die uns in älteren Gesetzbüchern und in juristischen Werken entgegentreten.

Die erste Legaldefinition der Auslobung finden wir im preuß. allgem. Landrecht von 1794, wo es im 1. Buche XI, 8 § 988 heißt:

> „Auf nützliche Geistesarbeiten oder gemeinnützige körperliche Fähigkeiten oder Unternehmungen öffentliche Belohnungen auszusetzen, ist einem jeden erlaubt."

Die hier gegebene Begriffsbestimmung weist jedoch noch erhebliche Mängel auf. Zunächst hat der Gesetzgeber, dem wohl das verwandte Institut der pollicitatio des römischen Rechts vorschwebte und der an dieses sich anzulehnen suchte, mit Unrecht die Grenzen der vom Gesetze anzuerkennenden Auslobungsfälle zu eng gezogen und die Verbindlichkeit nur auf gewisse gemeinnützige Fälle beschränkt. Die Praxis hat diese Schranken durchbrochen und auch andere Auslobungen, insbesondere die für die Rückschaffung abhandengekommener Sachen für rechtsverbindlich erklärt.[4]) Weiter ist irrtümlich das Wort „Fähigkeiten" gebraucht, das wohl besser durch „Fertigkeiten" zu ersetzen sein dürfte, denn unter Fähigkeit verstehen wir die Naturgabe, eine gewisse Tätigkeit zu erlernen, wofür wohl kaum jemals eine Belohnung ausgesetzt werden wird.[5]) Als unlogisch und ungrammatisch ist endlich die Fassung der Worte „öffentliche Belohnungen" bezeichnet worden, da ja selbstverständlich nicht etwa an öffentlich zu gewährende Belohnungen, sondern an das öffentliche Versprechen solcher gedacht ist.

Wir wollen hierbei auch erwähnen, daß überhaupt die ganze

---

[4]) Urt. des RG. vom 26. 9. 1883, ERG. XI S. 284.

[5]) Koch, Kommentar zum ALR. 7. Aufl., Berlin 1878, Anm. zu § 988.

Bestimmung des § 988 um deswillen getadelt worden ist, weil sie Selbstverständliches besagt und das, was sie bezweckt, nicht zum Ausdruck bringt. „Denn auch ohne dieses Gesetz würde es sich von selbst verstehen, daß eine solche Handlung eine erlaubte, d. h. nicht verbotene sein würde.“ [6]) Der Zweck der Bestimmung aber war doch der, die gesetzliche Verpflichtung des Auslobenden zur Erfüllung seines Versprechens festzulegen.

Einen weiteren Versuch, die Begriffsmerkmale der Auslobung hervorzuheben, machten die Verfasser des Entwurfes eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Großherzogtum Hessen vom Jahre 1836, indem sie im I. Buche Titel 2 Art. 195 bestimmten: „Verspricht jemand öffentlich einer noch ungewissen Person etwas als Belohnung zu leisten, falls sie ein bestimmtes Werk liefere oder eine andre bestimmte Handlung vornehme, so begründet diese Auslobung für den Auslobenden eine Verbindlichkeit, das Versprochene zu leisten.“

Diese Definition hält sich frei von der verfehlten Beschränkung des § 988 ALR. und ist auch in der Fassung weit besser als diese geraten. Gesetzeskraft hat sie nicht erlangt.

Endlich enthalten auch die Entwürfe zu bürgerl. Gesetzbüchern für Sachsen, 1860 in § 793 und Bayern, 1861 (Teil II Buch 2 Art. 753) sowie das aus dem ersteren Entwurf hervorgegangene sächs. BGB. von 1863 im § 771 Begriffsbestimmungen der Auslobung, die alle der des hessischen Entwurfs nahekommen.

Wie schon erwähnt, wird die Auslobung auch von den juristischen Schriftstellern im allgemeinen analog dem Bürgerlichen Gesetzbuch definiert, denn wenn von diesen auch jeder seiner Definition eine eigenartige Fassung gibt, so lassen sich diese doch alle dem Sinne nach auf die Form des geltenden Gesetzbuchs zurückführen. [7])

---

[6]) v. Savigny, Obligationenrecht II S. 91 Note f.

[7]) So definiert Sintenis (Zivilr.) die A. „als das Versprechen einer Gegenleistung, meist einer Belohnung an eine unbestimmte Person, also eine veröffentlichte Zusage an jedermann unter der Bedingung einer voran-

Die Geschichte der Auslobung, der wir uns nun zuzuwenden haben, ist, insoweit tatsächliches Material vorliegt, nur kurz, denn bis zur Zeit der Abfassung des allgem. Landrechts sind wir auf Vermutungen angewiesen, da keine der älteren Rechtsquellen der Auslobung Erwähnung tut.

Insbesondere ist auch durch alle bisherigen Untersuchungen zweifelsfrei festgestellt worden, daß das corpus juris und ebenso die übrigen Quellen des römischen Rechtes keinen Fall einer Auslobung anführen und daß die zahlreichen Stellen, die zum Beweise der gegenteiligen Meinung zitiert zu werden pflegen, bei näherer Prüfung den Beweis versagen.[8])

Dies gilt insbesondere auch von der vielgenannten l. 15 Dig. 19, 5, da diese einen ganz anderen Tatbestand behandelt. Es wird in ihr von Ulpian die Frage aufgeworfen, ob die sogenannte Delatorenprämie (eine Belohnung, die demjenigen gewährt wurde, der den Aufenthalt eines geflohenen Sklaven oder Diebes angab) rechtliche Anerkennung beanspruchen und ob ihre Zahlung demgemäß im Klageweg erzwungen werden könne. Bei der Beantwortung der Frage scheidet nun Ulpian zwei verschiedene Fälle:

a) Die Belohnung ist bereits gezahlt. Frage: kann sie etwa kondiziert werden? Diese Frage wird verneint, weil die Belohnung aus einem gesetzlich erlaubten Grunde gewährt worden ist.

b) Die Belohnung ist nur versprochen, aber noch nicht bezahlt. Frage: Kann sie eingeklagt werden, wenn die Anzeige erfolgte. Auch diese zweite Frage wird in Konsequenz der ersten Entscheidung bejaht.

Es wird nun von manchen Schriftstellern ganz willkürlich in diese Stelle hineininterpretiert, daß im 2. Falle die Belohnung öffentlich versprochen worden sei,[9]) während die Stelle sich

---

gehenden Leistung". Zu vgl. ferner u. a. Windscheid-Kipp II S. 237; Dernburg, Pand. V S. 23 a. E.; Crome S. 510; Cosack I S. 530; Matthiaß I S. 663; Endemann I S. 797 u. a. m.

[8]) Die gegenteilige Ansicht vertritt u. a. v. Bülow in seinen Abhandl. Kap. XI.

[9]) Dies nimmt z. B. Mannesmann, Das eins. Versprechen als Verpflichtungsgrund, Dissert. S. 47 an. Vgl. auch v. Bülow a. a. O. Kap. XI.

unbefangen doch so erklärt, daß der Denuntiant in der Absicht, sich etwas versprechen zu lassen, zu dem Herrn des Sklaven oder dem Eigentümer der gestohlenen Sachen geht, ihm von seiner Wissenschaft im allgemeinen Mitteilung macht und ihn dadurch auch tatsächlich bestimmt, eine Belohnung für die genaue Anzeige zuzusagen. Erst auf Grund dieser Zusage gibt er sodann das Versteck des Flüchtlings an, und nun fragt es sich, ob er den Herrn des Sklaven bezw. den bestohlenen Eigentümer zur Erfüllung des gegebenen und angenommenen Versprechens zwingen kann. Dies ist zu bejahen, weil ein rechtlich einwandfreies Schuldverhältnis entstanden ist, dies aber nicht auf Grund einer angeblichen Auslobung, sondern kraft eines gewöhnlichen Paktums.[10])

Analog dem Falle wie vorstehend zu a) verhält sich die Sache in l. 4 § 4 Dig. 12, 3. Auch hier liegt kein Grund zu der Annahme vor, daß der Anzeigeerstatter, dem die Belohnung gezahlt wurde, auf Grund öffentlicher Zusage derselben seine Anzeige erstattet hätte.

In der weiter zum Beweise herangezogenen l. 5 § 11 Dig. 47,10 ist von freiwilliger Aussetzung oder Gewährung einer Belohnung überhaupt nicht die Rede. In ihr erklärt vielmehr Ulpian, daß demjenigen, der den Verfasser oder Verbreiter einer Schmähschrift zur Anzeige bringe, von Rechts wegen eine Belohnung kraft Richterspruchs zu gewähren sei pro modo substantiae accusatae personae, d. h. nach Maßgabe der Vermögensverhältnisse der angezeigten Person. Da nun aber annehmbar die Belohnung nicht nur nach den Vermögensverhältnissen dieser Person berechnet, sondern diesem Vermögen auch entnommen wurde, so kann schon deshalb keine Auslobung in Frage kommen, da die Belohnung ja sonst dem Vermögen desjenigen zu entnehmen wäre, der durch die Anzeige einen Vorteil hat und der deshalb möglicherweise durch eine Auslobung zu ihr hätte auffordern können; das ist aber der durch die Schmähschrift Verunglimpfte.

---

[10]) Die gleiche Ansicht wird vertreten im Erk. des OAG. Lübeck vom 12. 9. 1840, Seufferts Arch. XI, 217; vgl. auch Oertel, Die Lehre von der A., Dissert. S. 14f.

Weitere mit Unrecht zitierte Stellen sind l. 43 §§ 8—9 Dig. 47, 2, l. 4 pr. Dig. 38, 2 und l. 5 C. quae res pignori 8, 17, von denen die erstgenannte um deswillen nicht ohne Interesse ist, weil aus ihr hervorgeht, daß der Finder einer Sache auch schon im alten Rom durch öffentlichen Anschlag von seinem Funde Mitteilung zu machen pflegte — libellum proponere solent —, was gar wohl den Schluß zuläßt, daß auch der Verlustträger zuweilen seinen Verlust so publiziert und hierbei zugleich dem Finder eine Belohnung zugesagt haben wird.

Denn daß bei der hochentwickelten Kultur und dem reichen Verkehre des kaiserlichen Roms tatsächlich Auslobungen vorgekommen sein werden, wird von niemandem ernstlich bestritten, ist dies ja auch quellenmäßig bestätigt worden.[11])

Trotzdem kann aus dem Schweigen der römischen Rechtsquellen nur der eine Schluß gezogen werden, daß das römische Recht der Auslobung die Anerkennung versagt und daß die tatsächlich vorgekommenen Auslobungen vielleicht eine Anstandspflicht ihres Urhebers zur Erfüllung, keinesfalls aber eine klagbare Obligation erzeugt haben. Den entgegengesetzten Standpunkt vertreten Tschirner in seiner Dissertation „de indole ac natura promissionis popularis ‚Auslobung' quam vocant" 1869 und Sohm in dem Aufsatz „Der Vertragsschluß unter Abwesenden und mit einer persona incerta", ersterer indem er die Behauptung aufstellt, daß die Klagbarkeit der Auslobung den römischen Juristen so selbstverständlich erschienen wäre, daß sie diese besonders hervorzuheben für überflüssig gehalten hätten, letzterer, indem er es nur einem ungünstigen Zufall zuschreibt, daß nicht auch ein Fall der Auslobung, die ihm als im römischen Recht bereits anerkannte Offerte ad incertam personam erscheint (Näheres s. u. in § 3), im corpus juris zu rechtlicher Beurteilung gelangt sei.

---

[11]) Livius II, 20. Urna acrea periit de taberna; si quis rettulerit, dabuntur HS. LXV; zu vgl. auch Bruns, fontes juris Romani antiqui, ed. VI, Leipzig 1893. S. 320, wo von einem in Pompeji gefundenen Sklavenhalsband berichtet wird, es habe die Inschrift getragen: „Fugi, tene me! Quum revocaris me domino meo Zosimo, accipis solidum." Endemann I S. 798 Anm. 3.

Wir möchten Tschirner entgegenhalten, daß den römischen Juristen zweifellos die Auslobung der Erwähnung wert erschienen wäre, wenn sie ihr rechtliche Verbindlichkeit zuerkannt hätten, auf Sohms Aufsatz dagegen kommen wir im § 3 unserer Abhandlung zurück, wo wir nachzuweisen gedenken, daß dem römischen Recht die Anerkennung der Offerte ad incertam personam mit einziger Ausnahme des jactus missilium (l. 9 § 7 Dig. 41, 1) widerstrebte und daß schon deshalb die Gültigkeit der Auslobung nach römischem Rechte zu verneinen ist.

Verfehlt ist auch die von einer Anzahl älterer gemeinrechtlicher Schriftsteller[12]) vertretene Ansicht, daß wir in der Auslobung lediglich eine neuere Art der im römischen Rechte anerkannten pollicitatio zu erblicken hätten, die also gleichfalls geneigt sind, bereits für das römische Recht die Anerkennung der Auslobung zu bejahen.

Die pollicitatio (tit. Dig. 50, 12) d. i. das einseitige Versprechen einer Gabe an eine Stadtgemeinde wegen einer erwiesenen Ehre oder aus einem anderen rechtfertigenden Grunde,[12a]) (das eine extra ordinem geltend zu machende Verbindlichkeit erzeugte), hat nämlich mit der Auslobung nur gemein, daß es bei beiden eines bestimmten Adressaten, an den das Versprechen zu richten wäre und der Annahme des letzteren nicht bedarf. Während aber bei der Auslobung der Empfänger der Belohnung nicht bestimmt ist und nicht bestimmt sein darf, ist er bei der pollicitatio stets bestimmt in der zu honorierenden Stadtgemeinde. Während wir ferner als begrifflich notwendig für die Auslobung deren Erklärung in öffentlicher Form noch feststellen werden, besteht für die pollicitatio kein solches Formerfordernis.

Wir finden bei näherer Prüfung den Grund für die singuläre Behandlung der pollicitatio darin, daß man sich im römischen Rechte über das Wesen der juristischen Personen noch nicht klar war und demzufolge eine Annahme des Versprechens von

---

[12]) Arndts, Pand. 1861 § 241; Puchta, Pand. § 259; Brinz, Pand. II S. 1549; Sintenis, Das praktische gemeine ZR. Bd. 2, Leipzig 1861, § 96 Anm. 58.

[12a]) Bindend nur bei justa causa oder opus coeptum.

seiten der Stadtgemeinde für nicht möglich hielt.[13]) Im öffentlichen Interesse glaubte man deshalb hier von dem Erfordernis der Annahme absehen zu müssen. Dagegen haben wir den Grund für die rechtliche Anerkennung der Auslobung vor allem in der öffentlichen Form ihrer Erklärung zu erblicken.[14])

Auch in den Quellen des älteren deutschen Rechtes finden wir kein Anzeichen dafür, daß ihm die Auslobung bekannt gewesen wäre. Es ist auch kaum wahrscheinlich, daß bei den primitiven Verkehrsverhältnissen, die bei den deutschen Stämmen bis weit in das Mittelalter hinein herrschten, die Auslobung irgend welche Rolle gespielt haben könnte, und demzufolge dürfte wohl kaum ein Interesse bestanden haben, sie gesetzgeberisch zu behandeln.

Aus dem Schweigen aller Rechtsquellen vor der Abfassung des allgemeinen Landrechts[15]) in Verbindung mit der Tatsache, daß dieses Gesetzbuch bereits eine eingehende Regelung der Materie (in 8 Paragraphen) für notwendig hielt, schließen wir aber, das mit der allmählichen Vervollkommnung des Verkehres durch zunehmende Häufigkeit von Auslobungsfällen und dadurch bedingter erhöhter Wichtigkeit des Institutes im Laufe von Jahrhunderten im Volke das Bewußtsein wach wurde, daß der Auslobende durch Abgabe seines Versprechens in öffentlicher Form verpflichtet sei, dem, der seiner Zusage vertraute und daraufhin tätig ward, sein Wort zu erfüllen, und daß derjenige, der die verlangte Leistung erbrachte, ein klagbares Recht auf die Belohnung erworben habe. Wir erkennen also im Gewohnheits-

---

[13]) Zu vgl. Ulp. fragm. XXII § 5: „municipes neque cernere neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant" und vor allem l. 1 § 22 Dig. 41,2 „municipes per se nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt."

[14]) Zu vgl. Unger, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht, bei Grünhut I S. 370. „Die publica fides fordert, daß ein öffentlich gegebenes Wort auch eingelöst werde." s. a. unten § 4.

[15]) Stobbe, Deutsch. PR. III § 971 Anm. 2 führt eine Anzahl von Urkunden an, aus denen sich das Vorkommen von Auslobungen auf deutschem Boden im 12., 13. und 14. Jahrhundert ergibt; wie jedoch die Rechtsprechung sich zu deren Gültigkeit verhalten haben würde, ist nicht gesagt.

rechte[16]) den Ursprung der rechtlichen Anerkennung der Auslobung und können vermuten, daß dieses Gewohnheitsrecht bereits zur Zeit der Entstehung des allgemeinen Landrechts in einem großen Teile Deutschlands in Geltung war. Denn wie jede Kodifikation, so ist auch das allgem. Landrecht durchaus nicht neugeschaffenes Recht, sondern lediglich der Niederschlag des zur Zeit seiner Entstehung gesetzlich und gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtes, und daraus folgt, daß auch die Auslobung bereits früher rechtliche Anerkennung gefunden haben muß.

Aber trotz dieser zweifellos richtigen Vermutung können wir von einer Geschichte der Auslobung erst von der Entstehung des allgemeinen Landrechts an sprechen. Dieselbe ist also überaus kurz, erstreckt sie sich ja über kaum mehr als ein Jahrhundert. Doch auch in dieser Zeitspanne ist die Auslobung noch lange Zeit und in großen Gebietsteilen Deutschlands von der Wissenschaft und Gesetzgebung vernachlässigt worden, so daß es sich erklärt, daß sie bis in die neueste Zeit hinein „ein vielumstrittenes und unfertiges Institut geblieben ist".[17])

Auf die erste geschichtliche Tatsache, die uns in bezug auf die Auslobung bekannt ist, mußten wir bereits oben, als wir den Begriff der Auslobung erörterten, näher eingehen, und wir haben dort schon hervorgehoben, daß der erste gesetzgeberische Versuch zur Festlegung des Begriffes arg mißlungen ist. Wir möchten daraus schließen, daß das allgemeine Landrecht auch in der Wissenschaft keinen Vorläufer bezüglich dieser Begriffsbestimmung gehabt hat, und in der Tat ist v. Bülow[18]) der erste gewesen, der, soweit wir das Material zu überblicken vermögen, die Auslobung eingehend wissenschaftlich behandelt hat. Erst durch ihn wurden auch andere Gelehrte zu Forschungen auf diesem Gebiete angeregt, und vor allem in der gemeinrechtlichen Wissenschaft ist seitdem eine reiche auf unsere Materie

---

[16]) So Dernburg, Pand. II § 9 Anm. 10; Windscheid, Pand. II Anm. 3 zu § 308; Brummund S. 21; Mannesmann S. 47; Oertel S. 35; Exner S. 338.

[17]) F. Hoffmann, Die Entstehungsgründe der Obligationen, insbes. der Vertrag 1874 § 5 S. 38f.

[18]) In seinen „Abhandlungen", vgl. oben Anm. 1.

bezügliche Literatur entstanden. Hier veranlaßte insbesondere die Frage nach der rechtlichen Natur der Auslobung, mit der wir uns in den §§ 2 bis 5 eingehend zu beschäftigen gedenken, immer neue Kreise, sich mit dieser Rechtsform zu beschäftigen, und wir wollen an dieser Stelle nur hervorheben, daß auch im gemeinen Rechte die Rechtsverbindlichkeit der Auslobung von Wissenschaft und Praxis ganz allgemein [19]) anerkannt worden ist, obwohl kein Geringerer als v. Savigny ihr die Klagbarkeit versagen wollte. Nach Savignys Ansicht würde es nicht nur unzulässig, sondern sogar zwecklos sein, die Auslobung für klagbar zu erklären, denn

> „in den meisten Fällen wird der ausgesetzte Preis freiwillig bezahlt werden, so wie die meisten Spielschulden regelmäßiger als viele andere Schulden bezahlt zu werden pflegen, auch wo sie gesetzlich für nichtig erklärt sind.“ [20])

Wir kommen auf die ablehnende Meinung Savignys, die wesentlich eine Folge seiner Stellung zur Frage nach der juristischen Konstruktion der Auslobung ist, im § 3 zurück und betonen hier nochmals, daß die herrschende Lehre sich gegen ihn entschieden hat.

Nach dem Vorgange Preußens machten im Laufe des 19. Jahrhunderts eine Reihe kleinerer Staaten den Versuch, das in ihren Gebieten gültige Recht zu kodifizieren, und in den Entwürfen, die aus diesen Versuchen entstanden, finden wir regelmäßig auch die Auslobung behandelt. Wir haben die hier in Betracht kommenden Entwürfe für Hessen (1836), Sachsen (1860) und Bayern (1861) gleichfalls bei Erörterung des Begriffs der Auslobung schon angeführt und erwähnen nochmals, daß nur der sächsische Entwurf in Gestalt des sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1863 Gesetzeskraft erlangt hat. [21]) Außer diesen genannten Entwürfen liegt noch ein solcher, beraten von den Vertretern einer Anzahl deutscher Regierungen, zu einem all-

---

[19]) Zu vgl. die bereits erwähnte Entscheidung des OAG. Lübeck in Seuff. Arch. XI, 217.

[20]) v. Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen röm. Rechts, 1857, S. 89—91.

[21]) Im sächs. BGB. behandelt § 771 die Auslobung.

meinen deutschen Gesetze über Schuldverhältnisse vor,[22]) der auch nicht Gesetz geworden ist, der aber nachmals den Beratungen der 1. Kommission für die Ausarbeitung unseres geltenden Gesetzbuchs mit zugrunde gelegt wurde. Auch in ihm ist die Auslobung geregelt worden.

Dagegen haben einige neuere Kodifikationen, die auf dem Boden des einstigen gemeinen Rechts entstanden sind und die auch zum Teil bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches in einzelnen Gebieten des Deutschen Reiches gegolten haben, keine Bestimmung über die Verbindlichkeit der Auslobung zu treffen für nötig gehalten, so daß in deren Gebieten noch heute die Klagbarkeit lediglich auf Gewohnheitsrecht gestützt werden kann und tatsächlich auch, wie Wissenschaft und Praxis bezeugt, gestüzt wird. Wir meinen hierbei den code civil von 1804, das allgem. österr. Bürgerliche Gesetzbuch vom 1. 6. 1811 und das schweiz. Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. 6. 1881.[23])

So war vor der Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich die Situation hinsichtlich der Auslobung die folgende[24]):

Gesetzlich anerkannt und notdürftig geregelt war das Institut in den Gebieten des allgemeinen Landrechts und des sächs. Bürgerlichen Gesetzbuchs (mit zusammen etwa 25500000 Seelen), während in denen des gemeinen Rechts (17000000)

---

[22]) Herausgegeben im Auftrage der Kommission von Dr. B. Franke, Dresden 1866. Dieser Entwurf wurde den Beratungen der 1. Kommission mit zugrunde gelegt, weil der Redaktor des Rechtes der Schuldverhältnisse — der württemberg. Obertribunalsvizepräsident Dr. v. Kübel — bei dem Wiederzusammentritt der Kommission im Jahre 1881 seine Arbeit noch nicht hatte abschließen können.

[23]) Der code civil galt bekanntlich bis zum 31. 12. 1899 in der preuß. Rheinprovinz und in Gestalt des ALR. im Großherzogtum Baden, während das österr. BGB. bis zum gleichen Tage in einigen Orten des bayr. Amtsgerichtsbezirks Waldsassen in der Oberpfalz und in Markt Redwitz im bayr. Reg.-Bezirk Oberfranken in Geltung war. Zu vgl. Endemann, Bürgerl. Rechts I S. 4 Anm. 4.

[24]) Zu vgl. die Denkschrift zum Entw., die der Reichstagsvorlage beigefügt wurde.

und des rheinisch-badischen Rechtes (mit 8 700 000 Seelen) seine Klagbarkeit kraft Gewohnheitsrechtes allgemein anerkannt wurde.[25])

Trotz dieser allgemeinen Übereinstimmung hinsichtlich der Verbindlichkeit von Auslobungen überhaupt, herrschte jedoch über eine große Anzahl von Einzelfragen erbitterter Streit, und besonders in den Gebieten, wo die Geltung nur auf Gewohnheitsrecht sich stützte, fehlte jeder Anhalt für eine befriedigende Lösung der Kontroversen. Denn hier konnte eine Lösung nur „aus der Absicht des Verkehrs und den modernen Rechtsauffassungen heraus versucht werden, doch war das Resultat der Doktrin äußerst mangelhaft und unbefriedigend, da der einzelne die Absichten des Verkehrs je nach seinem subjektiven Standpunkte sehr verschieden ansah".[26])

Bei dieser Sachlage mußten selbstverständlich auch die Verfasser des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, angesichts der erhöhten Wichtigkeit, die das Institut in neuerer Zeit gewonnen hatte, der Auslobung ihre Aufmerksamkeit im besonderen Maße zuwenden, und es ist rühmend anzuerkennen, daß dies in überaus eingehender Weise geschehen ist. Schon der Entw. 1, der die Auslobung in §§ 581—584 behandelt, hat zu einer großen Anzahl streitiger Detailfragen Stellung genommen, und diese Stellungnahme ist in den Motiven ausführlich begründet worden. Auch die 2. Kommission hat sich mit der Materie beschäftigt, wennschon sie den 1. Entw. in der Hauptsache fast nicht geändert hat. (Die tatsächlich vorgenommenen Änderungen betreffen nur die äußere Form der gesetzlichen Bestimmungen und wenige unwesentliche Zusätze und Streichungen.)

Der Bundesrat[27]) hat Änderungen hier nicht vorgenommen

---

[25]) Zu vgl. Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des franz. Zivilr. § 343 Anm. 2; Hasenöhrl, Das österr. Obligationenrecht in system. Darstellung II § 57 S. 7 Anm. 8 und 9; Mot. z. deutsch. BGB. II S. 518.

[26]) Stobbe, PrivR. III S. 102.

[27]) Die Numerierung der Paragraphen in den in Betracht kommenden Entwürfen und Vorlagen ist folgende: Entw. 1 §§ 581—584, Entw. 2 §§ 589 bis 592, Bundesrats- und Reichstagsvorlage §§ 644—948, BGB. §§ 657—661; zu vgl. Mugdan, Die ges. Materialien II S. XCIV—V.

und vom Reichstage sind die §§ 644—806, darunter die §§ 644 bis 648, die die Auslobung behandeln, in der Sitzung vom 20. 6. 1896 ohne Diskussion angenommen worden,[28]) so daß sie nach erfolgter Sanktionierung des gesamten Gesetzes in dieser Fassung mit dem 1. 1. 1900 in Kraft getreten sind.

So liegt denn jetzt im Bürgerlichen Gesetzbuch eine umfassende gesetzliche Regelung der einst so streitigen Materie für das gesamte Reichsgebiet vor, und wenn auch die bisherigen Erfahrungen gelehrt haben, daß es nach wie vor betreffs der Auslobung nur selten der richterlichen Entscheidung bedarf, so wirkt doch die endlich geschaffene Ordnung bestimmend auf die in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse ein, ohne daß es hierzu ihrer ausdrücklichen Betonung durch Richterspruch oder gar ihrer gewaltsamen Durchsetzung im Wege der Zwangsvollstreckung bedürfte.

§ 2.

Der Streit über die juristische Konstruktion der Auslobung.

Nachdem das preuß. allgem. Landrecht dazu verschritten war, die in seinem Gebiete und zweifellos auch in anderen deutschen Territorien bereits früher allgemein als verbindlich empfundene Auslobung, ausdrücklich anzuerkennen und gesetzlich zu regeln, wandten auch die Juristen des gemeinen Rechtes, aus dem das allgem. Landrecht ja hervorgegangen war, dem bis dahin vernachlässigten Rechtsinstitute ihre Aufmerksamkeit zu. Auch ihnen war klar, daß vom Volke die Auslobung für verbindlich gehalten wurde, und so finden wir denn ganz allgemein, daß auch die gemeinrechtlichen Schriftsteller der Auslobung die Klagbarkeit nicht versagen, wennschon sie diese teils auf ein Gewohnheitsrecht,[1]) teils auf das röm. Recht[2]) zurückzuführen suchen.

---

[28]) Zu vgl. Mugdan, Die ges. Materialien II S. 1310f.

[1]) So die herrschende Lehre.

[2]) Hierher gehören Sohm, Tschirner und die Vertreter der älteren Pollizitationstheorie: Arndts, Sintenis, Puchta u. a.; vgl. oben § 1.

Im schroffen Gegensatze zu dieser Übereinstimmung der gemeinrechtlichen Juristen in der Frage nach der Klagbarkeit überhaupt, steht nun aber die große Meinungsverschiedenheit, die unter ihnen herrscht bezüglich der weiter sich aufwerfenden Frage danach, wie denn die durch die Auslobung erzeugte klagbare Obligation zustande kommt. Hier hat sich der Streit der Meinungen schließlich in einer scharfen Kontroverse konzentriert, für deren Beilegung bei dem Schweigen der Quellen jeder Anhalt fehlte und die von jeher den Mittelpunkt aller wissenschaftlichen Erörterungen über die Auslobung gebildet hat.

Während nämlich die einen in der Auslobungserklärung eine mehr oder weniger eigenartige Vertragsofferte des Auslobenden erblicken, die erst der Annahme bedarf, um diesen zu binden, erkennen die anderen bereits in der einseitigen in Verpflichtungsabsicht geäußerten Willenserklärung des Auslobenden den Grund für die rechtliche Verbindlichkeit.

Man hat die erstere Lehre, da sie das Schuldverhältnis auf einen Vertrag zwischen dem Auslobenden und dem angeblichen Oblaten[3]) zurückzuführen sucht, die Vertragstheorie genannt, während die andere irreführend meist die Pollizitationstheorie genannt zu werden pflegt. Es hängt dies damit zusammen, daß die ältesten Gegner der Vertragstheorie — Arndts, Sintenis, Puchta u. a. — bei ihrer gegenteiligen Lehre an die römische pollicitatio anknüpften,[4]) da wir aber eine Verquickung dieser beiden Institute für unangebracht halten, so möchten wir die Pollizitationstheorie im neueren Sinne zur Vermeidung von Mißverständnissen als Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts bezeichnen,[5]) und werden diese Bezeichnung auch in unserer Abhandlung verwenden.

Wir bemerkten schon, daß der Streit dieser beiden Theorien

Den singulären Standpunkt v. Savignys, der gegen Zuerkennung der Klagbarkeit ist, haben wir oben S. 11 bereits gekennzeichnet.

[3]) So die gewöhnliche Bezeichnung desjenigen, der die geforderte Leistung erbrachte. Regelsberger gebraucht den Ausdruck der „Anerbotene", Schott und Jhering sprechen vom „Induzierten".

[4]) Zu vgl. oben S. 8 Abs. 2 und Anm. 12.

[5]) So auch Brummund, Die Auslobung, Diss. 1898.

den Mittelpunkt aller wissenschaftlichen Erörterungen der Auslobung im gemeinen Rechte gebildet hat, doch hat er auch auf die Rechtsgebiete hinübergegriffen, wo eine gesetzliche Regelung der Materie erfolgt war, wennschon er dort von geringerer Bedeutung gewesen ist. Die in Betracht kommenden partikularrechtlichen Gesetzbücher (ALR. und sächs. BGB.) stehen nämlich zwar nach der Ansicht der Mehrzahl ihrer Kommentatoren und der Rechtsprechung auf dem Boden der Vertragstheorie — vgl. für das ALR. Koch, Kommentar Anm. zu B. 1, XI § 988 und ERG. XI S. 281, für das sächs. BGB. Wengler und Brachmann, Kommentar I, 1878 Anm. 1 und 2 § 771, Professor Dr. Schmidt, Vorlesungen über sächs. PrivR., Leipzig 1869, I S. 376, Urteil des OAG. Dresden vom Dezember 1867 (abgedruckt in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verw. von Dr. Tauchnitz Bd. 31 S. 381, Leipzig 1868), Annalen des sächs. OLG. IV, 252 —, doch glauben die Vertreter der Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts die in ihnen getroffenen Bestimmungen auch auf die Annahme ihrer Lehre zurückführen zu können.

(Vgl. hierzu bez. des ALR. Dernburg, preuß. PrivR. II S. 23; Eccius, desgl. I S. 481, 488; bez. des sächs. BGB. Siebenhaar, Lehrbuch des sächs. PrivR., Leipzig 1872, S. 491; Oertel l. c. S. 48.)

Es ist hierbei zu berücksichtigen, daß das gemeine Recht nach wie vor subsidiär auch in den Gebieten der vorgenannten Gesetzbücher galt, die ja aus ihm hervorgegangen waren, so daß der in ihm entbrannte Meinungsstreit auch für jene von Interesse war.

In der historischen Entwicklung ist die Vertragstheorie die frühere und lange Zeit hindurch die fast ausschließlich herrschende Lehre gewesen. Erst in neuester Zeit, insbesondere unter dem wachsenden Einflusse deutschrechtlicher Gedanken ist neben sie die Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts getreten, doch hat diese rasch zahlreiche Anhänger gefunden,[6])

[6]) Wir nennen als Anhänger a) der Vertragstheorie: Völderndorff, Thibaut, v. Bülow, Regelsberger, Windscheid, Jhering, Vangerow, Exner, Pernice, Schott, Sohm, Unterholzner

wenngleich es ihr[7]) nicht gelungen ist, die ältere Lehre zu verdrängen.

Auch die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuch, Entw. I haben dem Streit der beiden Theorien ihre Aufmerksamkeit geschenkt und sich entschlossen, zu der Frage im Entwurfe und in den Motiven Stellung zu nehmen. U. E. darf dieser Entschluß nicht befremden, obgleich auch wir dem von Fischer l. c. S. 3 aufgestellten Satz beipflichten, daß es nicht Aufgabe des Gesetzes sei, eine bestimmte Theorie zu vertreten. Wir können diesen Satz jedoch nur als Regel gelten lassen, von der abzuweichen aus wichtigen Gründen geboten sein kann. Bei der Auslobung aber lag u. E. zweifellos ein solcher Ausnahmefall vor, wo auch eine scharfe Stellungnahme zur Theorie sich empfahl, und zwar dies um so mehr, als die an sich theoretische Frage ihre erheblichen praktischen Konsequenzen hat. In einer Reihe von Einzelfragen, deren Beantwortung durchaus nicht gleichgültig ist, lautet die Antwort sehr verschieden, je nachdem man sich auf die eine oder andere Seite stellt. Der Gesetzgeber konnte sich hier auch nicht darauf verlassen, daß sich bald eine feste Übung bilden würde, denn da die Gerichte und insbesondere die der höheren und höchsten Instanz nur äußerst selten in die Lage kommen, das Recht der Auslobung „autoritativ zu interpretieren", so wäre bei unklarer Stellungnahme die Gefahr widersprechender Entscheidungen und der Wiederkehr des früheren unsicheren Zustandes bestimmt zu erwarten gewesen.

Aus diesem Grunde erkennen wir es sogar als ein Verdienst der Redaktoren des I. Entw. an, daß sie auch der theoretischen Seite unserer Lehre ihre Aufmerksamkeit geschenkt und insbesondere in den Motiven präzis und ausführlich ihren Standpunkt gekennzeichnet haben. Dort aber heißt es zu § 581 (Mot. II S. 519):

Tschirner, verweisen auch auf die Erk. des OAG. Lübeck vom 12. 9. 1840 u. 28. 2. 1852; Seufferts Arch. XI, 217 u. IX, 275; b) der Theorie des einseit. Rechtsgeschäfts: Stobbe, Siegel, Kuntze, Dernburg, Unger, Oertel, für das preuß. und sächs. Recht siehe auch oben S. 16 (die genaueren Zitate für die vorgenannten Autoren finden sich in §§ 3—5).

[7]) Im gemeinen Rechte.

„Der Entwurf erblickt im Anschlusse an die Pollizitationstheorie in der Auslobung ein durch sich selbst und ohne Hinzutritt eines Annahmeaktes verbindliches einseitiges Versprechen des Auslobenden."

Mit Rücksicht auf diese klare Aussprache der Motive, wonach sich der Entw. 1 für die von uns Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts genannte Lehre entscheidet, könnte man annehmen, daß für das Geltungsgebiet des Bürgerlichen Gesetzbuchs die gemeinrechtliche Streitfrage erledigt und daß diese nur noch von geschichtlichem Interesse wäre; doch da wir den Wert der Motive, als eines „besonders autoritativen Kommentars" [7a]) nicht überschätzen und uns den dort geäußerten An- und Absichten der Verfasser nicht kritiklos fügen dürfen, so würden wir an sich genötigt gewesen sein, den Text des Gesetzes daraufhin zu prüfen, ob in ihm auch die Stellungnahme der Verfasser zu unzweideutigem Ausdrucke gekommen sei.

Dies gilt aber um vieles mehr, als bereits nach dem Erscheinen des Entw. 1 Gierke[8]) geäußert hat: daß derselbe die Bestimmung seines § 581 hätte genau ebenso treffen können, ohne daß er zu der Theorie des Schuldverhältnisses aus einseitigem Versprechen hätte zu greifen brauchen und als ferner Jacubetzky[9]) die Meinung vertritt, daß trotz der Motive die Auslobung als Offerte anzusehen sei.

Die von diesen Schriftstellern vertretene Ansicht aber hat Fischer[9a]) in seiner nach Fertigstellung des Gesetzbuchs verfaßten Abhandlung aufgegriffen und ist hierbei über beide hinaus sogar zu dem Schlusse gelangt:

„daß allein die Vertragstheorie in ungezwungener Weise mit allen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetz-

---

[7a]) Fischer l. c. S. 3.

[8]) „Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht" in Schmollers Jahrb. für Gesetzg., Verw. und Volkswirtschaft Bd. 13 1889 S. 218 f.; vgl. auch Gutachtl. Äußerungen Bd. 2 S. 326.

[9]) Karl Jacubetzky, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines BGB., München 1892.

[9a]) Fischer, Die Auslobung nach dem BGB., Diss. 1899.

buchs vereinbar sei und in theoretischer wie praktischer Beziehung zu gesunden Ergebnissen führe" (S. 32).

Fischer führt in seiner Schrift selbst Planck als nur „zweifelnden" Anhänger der Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts an[10]) und zitiert den Ausspruch Endemanns, daß mit der Stellungnahme des Gesetzes theoretisch die Frage zwar entschieden sei, daß praktisch aber große Schwierigkeiten bestehen bleiben. Da des letzteren unklare Stellungnahme auch aus I, S. 282 Anm. 1 erhellt, wo die Auslobung kurzerhand ein besonders gearteter „Antrag" genannt wird, können wir auch ihn nicht als entschiedenen Anhänger der Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts betrachten. Endlich hat auch das der neuesten Zeit angehörende Urteil im Prozesse Hoensbroech-Dasbach und ein Teil der hierauf bezüglichen Literatur bewiesen,[11]) daß man auch heute noch in Praxis und Wissenschaft der streng einseitigen Natur der Auslobung sich nicht überall bewußt ist, es hätte sonst nicht mehr der Auslegung einer offenbaren Auslobung als Wettangebot das Wort geredet werden können.

Aus alledem folgt, daß auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs die alte Streitfrage nach der juristischen Konstruktion der Auslobung noch lebendig ist, und aus diesem Grunde werden wir uns einer eingehenden Untersuchung der beiden sich befehdenden Theorien nicht entziehen können. Wir werden uns in den nächsten Paragraphen dieser Aufgabe zu widmen und im Anschlusse daran die Regelung der Materie im Bürgerlichen Gesetzbuch genau darauf zu prüfen haben, ob durch sie die von den Verfassern des Entw. I beabsichtigte theoretische Stellungnahme zum klaren Ausdruck gekommen ist.

---

[10]) Unter Bezugnahme auf die Vorbem. 2 zum 9. Titel in dessen Komm. zum BGB. II.

[11]) Zu vgl. insbes. der Aufsatz von Kohler, Auslobung und Wette, 12 Studien VIII, im Arch. f. bürgerl. R. 25, 1—10, wo die Auslobung „eine besonders gestaltete Vertragsform" genannt wird, ferner die Zitate aus dem Urteile des Landgerichts Trier unten § 6 S. 65 f. und die gleichfalls dort zitierten Aufsätze von Köttgen und Hamm, die der Ansicht des Landgerichts Trier beipflichten.

§ 3.

Die Vertragstheorie.

Wir wenden uns bei unserer Untersuchung zunächst der älteren von beiden Theorien, also der Vertragstheorie zu und heben zunächst nochmals hervor, daß nach der Ansicht ihrer Vertreter die Verpflichtung des Auslobenden zur Gewährung der von ihm versprochenen Belohnung erst entsteht durch die Annahme seines öffentlich abgegebenen Versprechens. Die Willenserklärung des Auslobenden allein genügt nach ihrer Auffassung zur Hervorbringung des Schuldverhältnisses nicht; damit dieses entstehe, bedarf es vielmehr des Hinzutritts eines zweiten Willens, der sich zur Annahme des Versprechens bereit erklärt.

Für diese Lehre erwächst deshalb die Aufgabe, den die Grundlage der Verpflichtung bildenden Vertrag zu konstruieren, eine Aufgabe, der sich, wie wir sehen werden, erhebliche Schwierigkeiten entgegenstellen.[1])

Wir aber werden demzufolge die Abhandlungen der Vertreter dieser Theorie zunächst daraufhin zu prüfen haben, wie diese sich die Konstruktion des Auslobungsvertrages denken und ob sie uns die Mittel an die Hand zu geben vermögen, der mannigfaltigen Schwierigkeiten Herr zu werden.

Zwei Fragen sind es vor allem die der vorliegenden Lehre Schwierigkeiten bereiten, von denen die eine dahin geht, wer als Oblat der angeblichen Auslobungsofferte anzusehen ist, während die andere sich darauf bezieht, auf welche Weise seitens dieses Oblaten die erforderliche Annahme geschieht.

Von der großen Mehrzahl der Anhänger der Vertragstheorie wird die erste Frage dahin beantwortet, daß als Oblat eine unbestimmte oder noch nicht bestimmte Person — eine persona incerta zu gelten habe, und daß mit dieser der den Auslobenden bindende Vertrag zustande kommen müsse. Nun galt aber nach römischem und nach dem durchaus auf ihm fußenden gemeinen

[1]) Der perfekte Vertrag wird bald als Analogon der Werk- oder Dienstmiete, bald als Innominatkontrakt nach der Formel do, ut facias, bald als ein der Schenkung verwandtes freigebiges Geschäft betrachtet.

Rechte bis zu der Zeit, wo man sich mit der Auslobung zu beschäftigen begann ganz allgemein der Satz, daß eine Vertragsofferte nur an eine certa persona gerichtet werden dürfe, da nur mit einer solchen ein Vertrag geschlossen werden könne.[2]) Man berief sich hierfür auf den Satz des Julian: „si ita stipuletur, Titio decem aut Maevio fundum dare spondes? Quia incertum est, utri eorum requisierit actionem, idcirco inutilis stipulatio existimanda est.“ [3]) Das Bedenken gegen die Zulässigkeit einer Offerte ad incertam personam und eines Vertragsschlusses mit einer solchen war es aber, welches v. Savigny veranlaßte die Rechtsverbindlichkeit der Auslobung überhaupt in Abrede zu stellen.[4]) Er begründet seine Ansicht, daß es unmöglich sei mit einer incerta persona eine Obligation einzugehen damit, daß maßgebend hierfür derselbe Grund sein müsse, „nach welchem das röm. Recht dem Vertrag zum Vorteil eines Dritten, der dazu keinen Auftrag gab, die Wirkung versagt, nämlich weil die Obligationen als Beschränkungen der natürlichen Freiheit nicht zu solchen Zwecken eingeführt sind, so daß wir durch diese Anwendung derselben ihre natürliche Bestimmung willkürlich überschreiten würden“.[5])

Das unbefriedigende Resultat, welches die Ansicht v. Savignys für die rechtliche Beurteilung der Auslobung ergab, in Verbindung mit der Erkenntnis, daß tatsächlich ein Vertragsschluß mit einer incerta persona undenkbar ist, veranlaßte Tschirner[6]) zu dem Versuche, im Falle der Auslobung die bis dahin allgemein als Oblat angesehene „incerta“ persona durch eine „ignota“ persona zu ersetzen. Er meint, daß man unterscheiden müsse zwischen objektiv und subjektiv unbestimmbaren Personen und will von diesen nur die ersteren als incertae personae bezeichnen lassen. Dagegen könne man die subjektiv

---

[2]) „Verträge können nur von bestimmten mit bestimmten Individuen abgeschlossen werden.“ E. J. Bekker in seinen und Muthers Jahrb. des gem. deutsch. Rechts Bd. 2 1857 S. 356.

[3]) Zschimmer, Die Offerte an das Publikum Diss. 1897 S. 22.

[4]) Obligationenrecht II S. 89—91.

[5]) Obligationsrecht II S. 90.

[6]) In seiner oben § 1 S. 7 bereits zitierten Dissertation S. 76 f.

unbestimmten Personen, d. h. diejenigen, die an sich bestimmt, nur für den Offerenten nicht bestimmbar seien, lediglich als ignotae personae ansprechen. Ein Vertrag mit einer incerta persona in diesem Sinne sei allerdings, wie Savigny richtig ausführe, ein Widerspruch in sich selbst, wohingegen mit einer ignota persona sehr wohl pazisziert werden könne. Da nun bei der Auslobung der Auslobende sein Versprechen an alle Menschen richte, diese aber objektiv bestimmt seien, so liege hier keine Offerte ad incertam personam vor. Es sei nur dem Auslobenden unbekannt, wer von den certae personae, an die sich die Auslobungsofferte richte, diese annehmen werde, so daß tatsächlich mit einer ignota persona pazisziert werde.

Tschirners Ausführungen vermögen nun aber Savignys Argumente nicht zu entkräften, denn zweifellos ist sachlich durch die Ersetzung der incerta persona für diese mit der ignota persona nur ein anderer Name geschaffen. Die Unbestimmtheit des Vertragsgegners bleibt ganz die gleiche, mag man diesen als incerta oder als ignota persona betrachten, und zweifellos kann mit einem „unbekannten" Oblaten genau ebensowenig ein Vertrag geschlossen werden, wie mit einem „unbestimmten" Gegner.[7])

Mit besserem Erfolge ist Sohm als Gegner der von Savigny vertretenen Ansicht aufgetreten in seinem von uns bereits erwähnten Aufsatze: „Der Vertragsschluß unter Abwesenden und mit einer persona incerta."[8]) Ihm ist es in dieser Schrift gelungen, das allgemeine Vorurteil, welches bis dahin die Zulässigkeit einer Offerte ad incertam personam verneinte, zu beseitigen und in überzeugender Weise deren Vorkommen und Anerkennung im röm. Rechte nachzuweisen. Den letztgedachten Nachweis führt Sohm aus l. 9 § 7 Dig. d. a. r. d. 4, 1, in welcher von dem sogen. „jactus missilium" gehandelt und entschieden wird, daß diejenigen, die die ausgeworfenen Geldstücke oder sonstigen Sachen aufgreifen, Eigentümer derselben werden, obwohl in der Regel der Auswerfende nie erfährt, wer die Sachen erlangt

---

[7]) vgl. auch Brummund l. c. S. 10.
[8]) s. o. S. 7.

hat. Wir erblicken mit Sohm in dem Auswerfen der missilia eine realiter gestellte Traditionsofferte, beziehentlich so viel solche Offerten,[9]) als einzelne Gegenstände ausgeworfen werden und da, wie in l. 9 § 7 Dig. 4, 1 erklärt, auf Grund dieser Offerte wirksam Eigentum erworben werden kann, so erscheint in der Tat diese Offerte präzis genug zum Abschluß eines Traditionsvertrages. Mit wem dieser Vertrag aber abgeschlossen wird, weiß der Auswerfende in dem Momente, wo er seine Traditionsofferte stellt, nicht und in der Regel erfährt er dies auch später nie, so daß hier zweifellos die Möglichkeit des Paziszierens mit einer dem Offerenten nicht bekannten und für ihn unbestimmbaren Person bestätigt wird.

Im Anschluß an diesen Nachweis hebt Sohm hervor, daß der Widerspruch von Savignys u. a.[10]) gegen die Zulässigkeit einer Offerte a. i. p. in der Verkennung der Tatsache zu suchen sei, daß bei jedem sogen. Vertrage mit einer incerta persona nur die Vertragsofferte an eine unbestimmte Person gerichtet sei, während das fertige Rechtsgeschäft stets mit einer persona certa zustande komme.[11]) So verstanden sei der Satz, daß ein Vertragsschluß mit einer incerta persona unmöglich sei, vollkommen richtig, nur folge aus ihm nicht, daß auch eine Offerte a. i. p. und das Zustandekommen eines Vertrags auf Grund einer solchen ausgeschlossen sei. Letzteres werde vielmehr durch die Quellen des röm. Rechts widerlegt, denn dort sei im jactus missilium die Zulässigkeit einer solchen Offerte und die Wirksamkeit eines auf Grund ihres zustande gekommenen Vertrages ausdrücklich bezeugt.

---

[9]) Von vielen ist der jactus missilium früher für eine modifizierte Dereliktion gehalten worden, wir können dem jedoch nicht beipflichten, da der Wille des Auswerfenden auf Eigentumsübertragung, nicht lediglich auf Eigentumsaufgabe gerichtet ist; vgl. auch Zschimmer l. c. S. 33.

[10]) So behauptet auch v. Scheurl in den Beiträgen zur Bearbeitung des röm. Rechts I S. 206, daß ein Vertragsschluß mit einer unbestimmten Person „nicht denkbar" sei.

[11]) So auch Biermann: „Mit der Akzeptation wird aus der persona incerta immer eine persona certa, das fertige Rechtsgeschäft kommt immer mit einer persona certa zustande." Vgl. Zschimmer l. c. S. 7 u. 11.

Mit diesen Ausführungen Sohms ist auch u. E. den Gegnern der Offerte a. i. p. der Boden entzogen, und wir geben Fischer S. 20 recht, „daß ein Einwand gegen die Vertragstheorie nicht aus der Frage über die Zulässigkeit der Offerte in incertam personam entnommen werden kann".

Meinungsverschiedenheiten bestehen nun aber über die Frage, wer als Oblat einer Offerte a. i p. anzusehen, m. a. W. wer unter der Bezeichnung incerta persona zu verstehen sei. Daß mit deren Ersetzung durch die ignota persona Tschirners die Frage nicht gefördert worden ist, erwähnten wir schon oben, es ist aber auch ein von Sohm unternommener Versuch, die incerta persona näher zu bezeichnen, als mißlungen zu betrachten. Nach Sohms Ansicht ist als Oblat jeder Offerte a. i. p. nur derjenige anzusehen, der in bestimmter vom Offerenten geforderter Weise die Offerte annimmt (S. 47 u. 88); nach ihm ist die Offerte a. i. p. an sich unvollendet, sie erlangt die erforderliche Perfektion erst durch ihre Annahme. Dem beizupflichten, tragen wir Bedenken, denn da die Annahme der Offerte a. i. p. nach Sohms Ansicht, wie wir noch sehen werden, durch Vollbringung der geforderten Annahmehandlung geschieht, würde eine und dieselbe Handlung im selben Augenblicke die Offerte perfizieren und die Annahme derselben darstellen. Wir pflichten aber Zschimmer S. 16 bei, daß nur eine perfekte Offerte angenommen werden kann, so daß Perfektion der Offerte und Annahme notwendig auseinander fallen müssen.

Die herrschende Lehre sieht denn auch, insoweit sie eine Offerte a. i. p. überhaupt für zulässig erachtet, als deren Oblaten stets eine Mehrheit von Personen an[12]) und lehnt Sohms Auffassung ab. Nach ihrer Meinung, der auch wir beitreten, richtet sich die Offerte ad inc. personam nicht an eine unbestimmte, unbekannte oder sonstwie zu bezeichnende Einzelperson, sondern an alle Menschen bezw. an alle Angehörigen eines bestimmten Kreises. Ihr Oblat ist danach nicht unbestimmt, sondern be-

[12]) Zschimmer S. 20 unter Berufung auf Biermann u. a.; Fischer S. 19: „Durch die Veröffentlichung der Auslobung wird eine Offerte abgegeben, die an jedermann gerichtet ist."

stimmt und „unbestimmt ist nur die Person des künftigen Kontrahenten“.[13])

An der Hand der Sohmschen Ausführungen, denen wir uns, insoweit wir zuletzt nicht eine Einschränkung machten, anschließen, kommen wir aber trotzdem zu dem Resultate, daß zwar ein Vertragsschluß nur mit einer bestimmten Person möglich ist, daß die darauf abzielende Offerte sich aber nicht eben an diese Person ausdrücklich zu richten braucht. Eine Offerte a. i. p. in dem oben von uns ausgeführten Sinne ist präzis genug, um einen Vertrag darauf zu gründen.[14])

Wir haben damit auf die erste Frage, die sich bei Konstruierung des angeblichen Auslobungsvertrages aufwirft, eine befriedigende Antwort gefunden, erkennen also an, daß an sich nichts im Wege stehen würde, die Auslobung als eine sogenannte Offerte ad incertam personam, besser „an jedermann“ anzusehen und müssen nun weiter untersuchen, wie diese Offerte nach Ansicht der Anhänger der Vertragstheorie im Falle der Auslobung angenommen wird. Wir wollen hierbei zunächst bei Sohms Aufsatz stehen bleiben.

Sohm meint, daß Erfordernis einer jeden Offerte a. i. p. sei, daß sie durch ihren eigenen Inhalt die Tatsachen an die

---

[13]) So Krückmann; vgl. Zschimmer S. 20.

[14]) Eine weitere Folgerung, die Sohm aus der Erwähnung des jactus missilium im röm. Recht zieht, die dahin geht, daß die Offerte a. i. p. ganz allgemein im röm. Recht anerkannt worden sei und daß dieselbe nur zufällig an einer einzigen Stelle erwähnt werde, lehnten wir oben (§ 1 S. 7 u. 8) bereits ab. U. E. ist der jactus missilium im röm. Recht eine singuläre Erscheinung. Es bestand damals noch kein allgemeines Bedürfnis, die Offerte a. i. p. auch in weiteren Fällen anzuwenden, erst im modernen Rechte und auch hier nur im Handelsrechte sind weitere Fälle des Kontrahierens mit unbestimmten Gegnern anerkannt worden (z. B. Kaufgeschäfte, bei denen der Makler oder ein sonstiger Vermittler die „Aufgabe“ eines Käufers sich vorbehält, Seeversicherung „für fremde Rechnung“ oder „für Rechnung, wen es angeht“. (HGB. S. 781); vgl. auch ERG. 11, 249, wo die Verbindlichkeit eines Schuldscheins anerkannt wird, in dem sich der Aussteller dem künftigen Gläubiger einer auf das Grundstück eines Dritten erst einzutragenden Hypothek verbürgte. — Ob durch das BGB. Offerten a. i. p. allgemein anerkannt werden, ist eine noch offene Frage; vgl. Motive I S. 167.

Hand gebe, durch welche die incerta persona im gegebenen Momente sich in die für den Vertragsschluß unbedingt erforderliche certa persona verwandle (S. 49), dies aber geschehe durch Vorzeichnung einer bestimmten Annahmehandlung. Mit Vollbringung der geforderten Handlung (die seines Erachtens erst den Oblaten bestimmt) ist dem Willen des Offerenten entsprechend der Vertrag perfiziert. Denn der Offerent bestimmt frei, in welcher Form er die Äußerung des Annahmewillens erwartet, und die Erfüllung dieser Erwartung ist kraft positiven Rechtes genügende Annahmeerklärung (S. 99). Die Annahmeerklärung und damit der Vertrag ist perfekt geworden, sobald die vom Offerenten gesetzte Annahmehandlung vollzogen ist (S. 94). Auf die Auslobung übertragen würde dies bedeuten, daß mit Vornahme der geforderten Handlung, ohne daß es irgend etwas weiteren bedürfte, die angebliche Auslobungsofferte angenommen, und daß damit die Verpflichtung des Auslobenden zur Gewährung der Belohnung begründet ist.

Würde aber die Vornahme der Handlung allein, ohne alles weitere für die Annahme der Offerte genügen, würde tatsächlich, um mit Sohm zu reden, „zur Annahmeerklärung die Erfüllung des offerentischen Willens zugleich genügend und erforderlich sein“ (S. 102), dann würde in vielen Fällen die angeblich einem Vertrage entsprungene Verbindlichkeit gar nicht mit auf dem Willen des Oblaten, sondern nur auf dem des Offerenten beruhen. Denn nach dieser Ansicht bedarf es ja für die Annahme nichts weiteren als der Vornahme der geforderten Handlung, und deshalb braucht auch die Vornahme der Annahmehandlung nicht im Hinblick auf die Offerte zu erfolgen. Ob der Handelnde mit seiner Handlung eine Offerte annehmen wollte, ist gleichgültig, es genügt, daß er die Handlung vollbrachte, und damit hat er die Offerte angenommen.

U. E. kann die Vornahme der vom Offerenten gesetzten Annahmehandlung nur dann zur Annahme genügen, wenn sie „im Hinblick auf die vorliegende Offerte“ mit dem Willen, diese anzunehmen, geschieht. In jedem anderen Falle ist die Vornahme der Handlung entweder bedeutungslos und verpflichtet demzufolge den Offerenten zu gar nichts, oder es bedarf über-

dies einer weiteren ausdrücklichen Konsenserklärung auf Grund der erfolgten Vornahme der Handlung.[15])

Ob letzteres freilich möglich sein wird angesichts des offerentischen Willens, daß die Annahme durch die Handlung zu geschehen habe, bleibt zweifelhaft.

Man kann dem Bedenken gegen Sohms Ansicht, daß Vornahme der Handlung allein genügende Annahmeerklärung sei, auch nicht dadurch beikommen, daß man etwa meinte, in der Vornahme der Handlung sei der Wille zur Annahme zu vermuten, denn eine solche Vermutung wäre in den angedeuteten Fällen bloße Fiktion eines tatsächlich eben nicht vorhandenen Willens.[16])

In der richtigen Erkenntnis, daß Vornahme der angeblich geforderten Annahmehandlung allein ohne Rücksicht auf den Willen des die Handlung Vollbringenden zur Annahme einer Offerte und damit auch der angeblichen Auslobungsofferte nicht genügen könne, stellen denn auch die übrigen gemeinrechtlichen Vertreter der Vertragstheorie ein weitergehendes Erfordernis für die Annahme auf, als die bloße Erbringung der erforderten Leistung. Unter ihnen herrscht aber eine überaus große Verschiedenheit der Ansichten, da sich gerade hier der Mangel jeglichen gesetzlichen Anhaltes besonders bemerkbar macht.

Eine ausführliche Zusammenstellung dieser mannigfaltigen Meinungen über die Annahme der Auslobungsofferte gibt Oertel in seiner Abhandlung auf S. 38 f., wonach wir die Wahl zwischen sechs verschiedenen Ansichten haben. Danach wollen einige Vertreter der Vertragstheorie die Annahme durch ausdrückliche Willenserklärung bereits vor Vornahme der Hand-

---

[15]) Auch beim jactus missilium trifft es nicht zu, daß in dem bloßen Auffangen der ausgeworfenen Gegenstände die genügende Annahmeerklärung zu erblicken sei, denn hier kennen alle die ihnen gemachte Offerte und werden im Hinblick auf sie tätig. Ihre Handlung ist also Äußerung des vorhandenen Annahmewillens und darum genügende Annahmeerklärung, diese Erklärung braucht nur dem Offerenten, um perfekt zu werden, nicht zuzugehen. Es liegt ein Fall des § 151 BGB. vor.

[16]) vgl. Brummund l. c. S. 17.

lung[17]), andre diese nur durch den Beginn,[18]) wieder andre sie nur durch Vollendung[19]) der im Hinblick auf die Auslobung vorgenommenen Handlung geschehen lassen. Eine weitere Meinung anerkennt sie nur in einer ausdrücklichen Erklärung auf Grund der vollbrachten Handlung[20]), eine fernere nur in Übermittlung des Tätigkeitsresultats,[21]) eine letzte vermittelnde endlich entweder in Vollendung der geforderten Handlung oder in einer ausdrücklichen Erklärung auf Grund des Tätiggewordenseins.[22])

Daß sich im gem. Rechte eine so mannigfaltige Mehrheit von Ansichten bilden konnte, lag, wie gesagt, an dem Fehlen jeglicher gesetzlicher Grundlage, sie ist aber zugleich ein Beweis dafür, welche Schwierigkeiten die Frage nach der Annahme der angeblichen Auslobungsofferte bereitet. Denn bei näherer Prüfung erkennen wir bald, daß trotz der so großen Auswahl mit keiner der angeführten Formen der Annahmeerklärung ein durchaus befriedigendes Resultat zu erzielen ist.

Ohne weiteres ist dies bei der ersten Meinung klar, da es ein ganz verfehlter Standpunkt wäre, den Auslobenden schon binden zu wollen, bevor noch die Handlung erbracht ist oder auch nur feststeht, ob sie überhaupt erbracht werden wird. Dem Auslobenden ist nur mit einer vollendeten Handlung gedient,[22a]) nicht mit der bloßen Erklärung, daß man bereit sei, die Handlung vorzunehmen. Wollte der Auslobende sich mit letzterer begnügen, dann würde er es vorziehen, seinerseits zur Abgabe von Offerten aufzufordern, und sich vorbehalten, eine von diesen anzunehmen, um nicht früher und event. gegen seine Absicht

---

[17]) v. Bülow l. c. S. 280; Tschirner l. c. 115.

[18]) Schütze im Jahrb. des gemein. d. Rechts Bd. 5 1861, S. 66 u. S. 55: „Die Leistung muß in der Absicht geschehen sein, der Offerte nachzukommen."

[19]) Regelsberger l. c. S. 204.

[20]) Exner l. c. S. 348; Pernice in Goldtschmidts Zeitschrift für das ges. Handelsrecht XX, 1, 297.

[21]) Schott, Der obligat. Vertrag unter Abwesenden, Heidelberg 1873, § 10 S. 140.

[22]) Windscheid, Pandekten II S. 237.

[22a]) vgl. auch Oertel S. 39.

gebunden zu werden. Eben deshalb aber, weil dem Auslobenden nur eine vollendete, keine begonnene Leistung erwünscht ist, halten wir auch seine Bindung vor deren Vollendung, wie die zweite Meinung dies vertritt, für verfehlt. Dazu kommt, und dies gilt zugleich für die dritte Meinung, daß es, wie allseitig zugegeben wird, ein durchaus unbilliges Erfordernis ist, von dem Auslobenden zu verlangen, er müßte im Hinblick auf die Auslobung tätig geworden sein.[23]) Dieses Erfordernis würde in den meisten Fällen im schroffsten Widerspruch zu dem Willen des Auslobenden stehen, der die Handlung belohnen will, auch wenn der Handelnde bei deren Vornahme noch nichts von seiner Auslobung wußte. Dies gilt insbesondere von den Auslobungen, die die Wiedererlangung verlorener Gegenstände im Auge haben und wo es dem Verlustträger nur darauf ankommt, wieder in den Besitz seiner Sachen zu gelangen. Auch in den Fällen, wo für eine große gemeinnützige Tat ein Preis ausgelobt wird, entspricht es wohl stets dem Willen des Auslobenden, vor allem aber den einfachsten Anforderungen der Billigkeit, daß auch der den Anspruch auf den Preis erwerben soll, der bei Vornahme der Handlung noch keine Kenntnis von der erfolgten Auslobung hatte.[24])

Läßt man aber weiter die Annahme der Auslobung nur durch ausdrückliche Erklärung auf Grund der Vornahme der Handlung oder gar nur durch Übermittelung des Tätigkeitsresultates geschehen, dann macht man sich zweifellos in vielen Fällen einer Unbilligkeit gegen den Handelnden schuldig, denn wenn dieser, nachdem er die Handlung vollbracht hat, stirbt oder auch nur geschäftsunfähig wird, dann ist seinen Erben, im

---

[23]) Oertel l. c. S. 41; Brummund l. c. S. 14; vgl. auch Brinz, Pand. II. 1540, wo gesagt wird, daß eine Offerte, welche in bloßen Worten nicht akzeptiert werden könne, überhaupt keine Offerte sei. — Ebenso Brummund S. 17.

[24]) vgl. auch Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, Berlin 1873, S. 106. „Nicht dem, welcher mit Rücksicht auf die Auslobung oder mit Rücksicht darauf und in der Absicht, die Prämie zu lukrieren, leistet, sondern dem, der gleichviel aus welchem Anlaß und mit welcher Absicht leistet, wird der Lohn versprochen . . .“

anderen Falle ihm selbst die Aussicht auf Erlangung der Belohnung versperrt, da es durchaus nicht unbestreitbar ist, daß in diesem Falle das Recht zur Abgabe der Erklärung auf die Erben bezw. den gesetzlichen Vertreter überginge.[25a])

Mit Recht weist zudem Siegel in seiner eben zitierten Schrift[25]) darauf hin, daß derjenige, der sich auf Grund vollbrachter Handlung bei dem Auslobenden meldet, damit nicht erst dessen Verpflichtung begründen will, sondern diese als bereits durch die Handlung begründet betrachtet. Fischer will S. 19 dieser Tatsache keine Beachtung bei der juristischen Beurteilung der Auslobung zuerkennen und hält sie lediglich für eine „zutreffende psychologische Beobachtung". Uns aber scheint gerade diese zutreffende „psychologische Beobachtung" in der gegenwärtigen Frage von hohem Werte, denn da die Auslobung als Rechtsinstitut dem Gewohnheitsrechte, also der im Volke lebendigen rechtschaffenden Rechtsüberzeugung ihr Dasein verdankt, dürfen wir eine so allgemein anerkannte Tatsache, die uns die Volksanschauung in einem wichtigen Punkte dokumentiert, nicht unbeachtet lassen.

Gegen die Forderung einer Übermittelung des Tätigkeitsresultats, sofern wir darunter nicht gleichfalls nur eine bloße mündliche Mitteilung von dessen Erzielung verstehen wollen, spricht einmal, daß der Auslobende in den meisten Fällen eine solche gar nicht erwartet, andrerseits daß sie auch nicht selten unmöglich ist.[26])

Gegen die vermittelnde Meinung Windscheids endlich, wonach Annahmehandlung oder ausdrückliche Erklärung auf Grund der nicht in Annahmeabsicht vollzogenen Handlung zur Annahme genügen soll, gilt für die letzteren Fälle das eben Gesagte. Wie dort verträgt es sich auch hier mit der Volksanschauung und u. E. auch mit der Billigkeit nicht, wenn der

---

[25a]) vgl. Planck, Komm. z. BGB. II Vorbem. II zu Titel 9 S. 401, der hier auch den Fall der Konkurseröffnung nennt.

[25]) Ebendort S. 107; vgl. auch Unger l. c. S. 370.

[26]) Man denke an Aussetzung einer Belohnung für die Erbeutung der ersten Kanone, Einnahme der ersten Festung in einem Kriege oder für Entdeckung des Nordpols u. a. m.

Handelnde, der von der Auslobung keine Kenntnis hatte, trotz seiner Handlung die Belohnung nicht verdienen kann, weil er danach, bevor er die erforderliche Annahmeerklärung abgeben konnte, in geistige Umnachtung verfällt. Und daß auch den Erben im Falle seines früheren Todes der Anspruch entgehen sollte, erscheint uns gleichfalls als ein nicht befriedigendes Resultat.

Immerhin gestehen wir zu, daß sich nach unseren bisherigen Untersuchungen der Vertragstheorie und nach den mannigfaltigen Gestaltungen, die ihr ihre gemeinrechtlichen Vertreter mehr de lege ferenda als de lege lata gegeben haben, „den Bedürfnissen des Lebens gerecht werden läßt",[27]) wenn dies auch nur eben recht und schlecht möglich ist. Uns will aber als Ideal schon jetzt erscheinen „die Möglichkeit, durch die Handlung und allein durch die Handlung ohne jede Rücksicht darauf, ob diese im Hinblick auf die Auslobung geschieht, das Schuldverhältnis zur Entstehung kommen zu lassen". Diese Möglichkeit aber gewährte von allen den bisher erwähnten Gestaltungen der Annahme der Auslobungsofferte nur die von Sohm aufgestellte Lehre, der wir uns aus triftigen Gründen verschließen mußten.

Dem Volksempfinden, insbesondere auch dem Willen des Auslobenden und der Anschauung desjenigen, der nach vollbrachter Handlung und auf Grund ihrer die Belohnung fordert, entspricht es ebensosehr wie allgemeinen Billigkeitserwägungen, daß das Schuldverhältnis auf Grund der Handlung und schon mit deren Vollendung entsteht. Fordert man weniger, dann tritt man dem Auslobenden, im anderen Falle dem Interesse der an dem Versprechen Beteiligten zu nahe. Den gemeinrechtlichen Vertretern der Vertragstheorie aber ist es nicht gelungen, eine solche Konstruktion des angeblichen Auslobungsvertrages zu geben, die dem uns vorschwebenden Ideale vollkommen entspräche.

Wir wenden uns nunmehr der im § 2 erwähnten, seitdem aber bereits mehrfach zitierten Abhandlung Fischers über unsere Materie zu und werden zunächst darauf achten müssen, ob ihm etwa eine von den gemeinrechtlichen verschiedene Kon-

---

[27]) Windscheid-Kipp, Pand. II S. 237 Anm. 3 zu § 308.

struktion des Auslobungsvertrages gelungen ist, bejahendenfalles, ob sich diese, und event. ob sich etwa eine der gemeinrechtlichen Konstruktionen des genannten Vertrags mit der im Bürgerlichen Gesetzbuch geschaffenen Ordnung der Auslobung verträgt.

Nachdem Fischer auf S. 21 seiner Abhandlung einleitend bemerkt hat, daß der Vertrag, auf den die Auslobung s. M. nach abzielt, wirtschaftlich ein zweiseitiger, der locatio conductio operis (oder operarum?) nahestehender Vertrag sei, bei dem sich Leistung und Gegenleistung gegenüberständen,[28]) erklärt er: „Juristisch muß das Rechtsverhältnis als einseitiger Vertrag konstruiert werden. Die Ausführung der Handlung ist keine Gegenleistung, sondern sie ist Bedingung für die Entstehung der Verbindlichkeit des Auslobenden . . . der gestellte Vertragsantrag soll der Annahme überhaupt nur dann fähig sein, wenn zuvor die geforderte Leistung ausgeführt worden ist. Durch diese Ausführung der Handlung wird die Offerte von der Bedingung, unter der sie gegeben worden ist, befreit, jetzt erst tritt ihre Wirksamkeit ins Leben und kann der Vertrag mit dem Auslobenden durch Akzeptation begründet werden.“ Unschwer erkennen wir in dieser Konstruktion die für das gemeine Recht von Exner aufgestellte,[29]) auf den Fischer denn auch ausdrücklich Bezug nimmt.[30])

Über den Wert dieser Konstruktion haben wir uns oben (S. 29f.) bereits ausgesprochen und dabei hervorgehoben, daß ihr unbillige Konsequenzen nicht abgehen, und da auch sie von dem Handelnden zum Erwerb des Forderungsrechtes mehr als allein die Vornahme der geforderten Handlung verlangt, so entspricht sie und mit ihr die Fischersche Konstruktion dem, was uns billig erscheint, nicht vollkommen. Es gilt auch von ihr, daß man mit ihr den Bedürfnissen des Lebens de lege ferenda eben nur recht und schlecht gerecht werden kann, und daß der

---

[28]) Auch das trifft nicht zu. Die Belohnung ist nicht „Gegenleistung“ für die erbrachte Leistung, und noch weniger ist dies selbstverständlich — wie Fischer S. 21 s. o. selbst bemerkt — die erbrachte Leistung selbst.

[29]) s. oben S. 28 Anm. 20.

[30]) l. c. S. 21 Anm. 2.

Gesetzgeber deshalb richtigerweise nur in Ermangelung einer besseren Konstruktion zu ihrer Adoption hätte greifen dürfen.

Wir gelangen jetzt zum letzten Teile unserer Aufgabe, die wir uns in bezug auf die Vertragstheorie gestellt haben, zu der Prüfung, ob tatsächlich, wie Fischer behauptet, seine Vertragskonstruktion oder auch eine andere der im gemeinen Rechte aufgestellten sich mit der Ordnung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Einklang bringen läßt.

Sehen wir uns hierbei zunächst den Wortlaut des § 657 BGB. an:

> „Wer usw. aussetzt, ist verpflichtet, die Belohnung demjenigen zu entrichten, welcher die Handlung vorgenommen hat, auch wenn dieser nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt hat“,

so kann aus ihm zunächst nur herausgelesen werden, daß die Belohnung demjenigen zu entrichten ist, welcher die Handlung vollbracht hat und weil er die Handlung vollbracht hat. Nur von der Handlung wird als Voraussetzung der Entstehung des Schuldverhältnisses gesprochen und von ihr nicht etwa verlangt, daß sie im Hinblick auf die Auslobung erfolgen oder in irgendwelche Beziehung zu ihr gesetzt werden müßte. Wohl aber wird ausdrücklich von dieser Handlung gesagt, daß sie „nicht mit Rücksicht auf die Auslobung“ vorgenommen worden zu sein braucht. Insbesondere dieser letztere Zusatz deutet u. E. in kaum mißverständlicher Weise [31]) darauf hin, daß allein durch die Handlung, aber auch sofort mit deren Vollendung die Bindung des Auslobenden und der Anspruch des Handelnden perfekt wird, daß hierzu nichts weiteres erforderlich ist, auch wenn die

---

[31]) Endemann I S. 799 Anm. 5 bemerkt bez. des Zusatzes „damit wird die Annahme der Vertragstheorie direkt ausgeschlossen“. Vgl. auch Windscheid-Kipp, Pand. II Anm. 5 zu § 308: „Diese Ansicht ist nur haltbar auf dem Standpunkte des einseitigen Versprechens.“ Fischer-Henle, BGB. Anm. zu § 657. Wir können der Ansicht Endemanns, wie im Texte bemerkt, nicht beitreten. Die Fassung des § 657 ist danach nicht so, daß sie die Fischersche Auslegung durchaus ausschlösse. Die Hinzufügung eines besonderen Satzes: „Der Anspruch entsteht mit Vollendung der Handlung“ würde alle Zweifel ausgeschlossen haben.

Handlung nicht mit Rücksicht auf die Auslobung geschah. Wir wollen aber Fischer dahin beistimmen, daß dieser Wortlaut seinem Sinne nach auch eine andere, der Fischerschen Konstruktion genehme Auslegung zuläßt, die den § 657 etwa so umschreiben würde:

„Wer usw. aussetzt, ist verpflichtet, die Belohnung demjenigen zu entrichten, der — wenn auch nicht mit Rücksicht auf die Auslobung — gehandelt hat, sobald dieser erkennbar seinen Annahmewillen zum Ausdruck bringt."

Ein zwingender Grund für eine solche Auslegung bezw. Ergänzung des § 657 ist natürlich nicht vorhanden, doch geben wir zu, daß im § 657 selbst auch kein zwingender Grund gegen eine solche sinngemäße Auslegung gegeben wäre, so daß wir nach ihm allein auch zur Konstruktion eines Auslobungsvertrages gelangen könnten, falls sich im weiteren Verlaufe unserer Untersuchungen bewahrheiten sollte, daß wir mit der Theorie des einseitigen Rechtsgeschäftes nur „in gezwungener Weise" mit den gegebenen Bestimmungen fertig werden können und mit ihr in theoretischer wie praktischer Beziehung „zu ungesunden Ergebnissen" gelangen.[32])

Doch müssen wir nun auch die übrigen gesetzlichen Bestimmungen in den §§ 658—661 BGB. mit Fischers Lehre in Verbindung bringen und auch diese daraufhin prüfen, ob sie und schließlich, ob der Zusammenhang aller Bestimmungen die Ableitung der Fischer-Exnerschen oder einer anderen Vertragskonstruktion gestattet.

Fassen wir also weiter den § 658 ins Auge, der den Widerruf der Auslobung behandelt, so finden wir, daß das Gesetz den Widerruf an sich gestattet, aber nur „bis zur Vornahme der Handlung". Es ist hier nicht der Ort, über Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit der Gestattung des Widerrufs zu reden,[33]) auch darauf, ob sich der Widerruf mit der Theorie des einseitigen Rechtsgeschäftes überhaupt verträgt, kommen

---

[32]) vgl. Fischer S. 32 § 5 a. E.

[33]) Das Nähere hierüber werden wir im § 9 unserer Abhandlung auszuführen haben.

wir erst im folgenden (unten § 4) zu sprechen, uns genügt hier, daß das Gesetz den Widerruf zuläßt, und interessiert, daß diese Zulässigkeit nur dauert „bis zur Vornahme der Handlung". Aus dieser Bestimmung geht u. E. unzweideutig hervor, daß nach Ansicht des Gesetzgebers im Falle des § 657 „die Verpflichtung des Auslobenden" und der mit ihr korrespondierende Anspruch des Leistenden entsteht „mit Vollendung der geforderten Handlung", denn nur so erklärt es sich, daß der Gesetzgeber sofort mit diesem Zeitpunkte das Widerrufsrecht des Auslobenden entfallen läßt. Mit Vornahme der Handlung ist der Auslobende an sein Versprechen gebunden; warum? weil mit diesem Zeitpunkte seine Verpflichtung zur Leistung entstanden ist und weil schon durch Vornahme der Handlung das Recht des Leistenden auf die Belohnung zur Perfektion gelangt. Das damit geschaffene Schuldverhältnis wehrt dem ferneren Widerrufe des Auslobenden. In Verbindung mit der Anordnung des § 658, die den von uns oben S. 33 Anm. 31 als Ergänzung zu § 657 vorgeschlagenen Satz sinngemäß ersetzt, wird nunmehr erst die Schlußbestimmung des § 657 „auch wenn dieser nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt hat" zu einer solchen, „daß damit die Annahme der Vertragstheorie direkt ausgeschlossen wird".[34]) Denn wir haben stets betont, daß allein die Handlung, ohne Rücksicht darauf, ob sie im Hinblick auf die Auslobung geschieht, keine genügende Annahmeerklärung sein kann. Was der Wortlaut des § 657 nicht notwendig ergibt, das geht aus ihm in Verbindung mit der Bestimmung des § 658 BGB. unzweideutig hervor:

„mit Vornahme der Handlung entsteht das Schuldverhältnis",

in keinem Falle ist irgend etwas weiteres erforderlich, insbesondere auch dann nicht, wenn die Handlung „nicht mit Rücksicht auf die Auslobung" vorgenommen worden ist.

Was aber aus § 658 hervorgeht, ist auch in den Bestimmungen der §§ 659 und 660 zu erkennen, wo überall auf die Handlung und allein auf die Handlung Wert gelegt und wo

---

[34]) Endemann I S. 799 Anm. 5.

in keinem Falle mehr als deren bloße Vornahme gefordert wird. Nach § 659 erlangt von mehreren Leistenden der den Anspruch, der die Handlung zuerst „vorgenommen hat", während doch nach Fischers Ansicht konsequenterweise der berechtigt wäre, der zuerst „angenommen", also, falls nicht mit Rücksicht auf die Belohnung gehandelt wurde, der zuerst nach Vornahme der Handlung seine Annahme durch ausdrückliche Erklärung kundgegeben hätte. Auch § 660 läßt den Anspruch allein auf Grund der Herbeiführung des Erfolges und mit diesem entstehen, denn er spricht aus, daß in jedem Falle der Auslobende die Belohnung angemessen zu verteilen habe, wenn mehrere zu dem Erfolge mitgewirkt haben, unbekümmert darum, ob sich der eine oder andere Beteiligte etwa nicht gemeldet hat.

Kurz, aus der gesamten Ordnung unserer Materie im Bürgerlichen Gesetzbuch, aus den einzelnen Bestimmungen in den §§ 657—660 und deren Zusammenhang miteinander ergibt sich für uns unzweideutig, daß weder die Fischer-Exnersche, noch eine der mannigfachen übrigen Abarten der Vertragstheorie mit dem geltenden Gesetzbuche in Einklang gebracht werden kann.[35])

---

[35]) Gegen die Vertragstheorie, insbesondere auch dagegen, die Auslobung für eine „Offerte an jedermann" zu halten, spricht ferner die Zulässigkeit des Widerrufs. Wäre die öffentliche Auslobung eine solche Offerte „an jedermann", dann würde sie gemäß §§ 145 f. BGB. ihren Urheber sofort binden und gemäß § 130 widerruflich sein „nur bis zu dem Zeitpunkte, in welchem sie ihren Adressaten zugeht". Das ist aber bei einer öffentlich an jedermann gerichteten Offerte der Moment, wo irgend jemand von der Veröffentlichung Kenntnis erlangt. Indem das Gesetzbuch den Widerruf über diesen Zeitpunkt hinaus gestattet, gibt es zu erkennen, daß es in der Auslobungserklärung keine Offerte erblicken will. — Das Erfordernis besonderer Bewerbung im Falle des § 661 u. dessen ausdrückliche Hervorhebung möchten wir auch als Indiz gegen die Adoptierung der Vertragstheorie nennen, denn aus der ausdrücklichen Erwähnung dieses Erfordernisses bei der besonderen Art der Auslobung, die § 661 behandelt, ist zu schließen, daß eine solche besondere Bewerbung in allen anderen Fällen der Auslobung niemals und auch dann nicht erforderlich ist, „wenn nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt worden ist".

§ 4.

Die Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts.

Bevor wir nun weiter untersuchen, ob andererseits die Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts tatsächlich, wie dies die Redaktoren des 1. Entwurfs beabsichtigt und in den Motiven zum Ausdruck gebracht haben, im Bürgerlichen Gesetzbuch adoptiert worden, ob diese Theorie mit allen gesetzlichen Bestimmungen über die Auslobung vereinbar und zutreffendenfalles, ob die Regelung der Materie auf dieser Grundlage von praktischem Werte ist, wollen wir auch hier zunächst nochmals auf das gemeine Recht zurückkommen und zusehen, wie sich dort diese Theorie entwickelt und welche Gestaltung sie von ihren Anhängern erfahren hat.

Die Ansicht, daß durch die Auslobung kraft einseitiger Willenserklärung ein Schuldverhältnis hervorgerufen würde und daß dieselbe „dem Begriff und Wesen des Vertrags als eines durch die Mitwirkung zweier oder mehrerer Personen zustandegekommenen Rechtsgeschäftes völlig zuwiderliefe",[1]) ist in der gemeinrechtlichen Literatur schon vor sehr langer Zeit geäußert worden.[2]) Doch begingen die ältesten Gegner der Vertragstheorie in dem Bestreben, die Verbindlichkeit des Institutes auf die Autorität des römischen Rechts zurückzuführen, den Fehler, daß sie an die dort anerkannte pollicitatio[3]) anknüpften. Wir haben uns schon im § 1 unserer Abhandlung[4]) gegen die Verquickung beider Institute gewendet und dabei hervorgehoben, daß sie zwar äußerliche Ähnlichkeiten aufweisen, innerlich sich

---

[1]) vgl. Brinz, Pand. II S. 1549: „Wer das Gefundene heimgibt, die erste Kanone wegnimmt, ohne von der Auslobung zu wissen, hat unmöglich akzeptiert, weder in Worten, noch in Werken, und ist doch forderungsberechtigt; unmöglich also bedarf die Auslobung erst der Akzeptation, unmöglich ist sie bloße Offerte." Oertel l. c. S. 35 und 41.

[2]) Brinz, Pand. II, cf. Anm. 1; Arndts, Pand. § 241; Puchta, Pand. § 259 u. a.

[3]) tit. Dig. 50, 12.

[4]) s. oben § 1 S. 8.

aber völlig fremd sind. Wir stimmen bezüglich der Frage Exner[5]) darin bei, daß mit der rein äußerlichen Zusammenstellung dieser innerlich grundverschiedenen Dinge theoretisch nichts erklärt und praktisch nichts gewonnen wäre.

Um nun aber die Heranziehung der pollicitatio seitens der Vertreter jener älteren Pollicitationstheorie zu erklären, wollen wir hier einen kurzen Blick auf das römische Recht werfen und uns vergegenwärtigen, wie in ihm Schuldverhältnisse überhaupt entstehen konnten. Im Anschluß daran aber werden wir Gelegenheit haben, auf die Frage nach der Verbindlichkeit einseitiger nicht akzeptierter Versprechen nach gemeinem Rechte näher einzugehen.

Für die Frage nach der Entstehung von Schuldverhältnissen im römischen Rechte kommen vor allem 2 Stellen des corpus juris, beide Aussprüche des Gajus enthaltend, in Betracht:

1. § 2 J. d. o. III, 13. „[obligationes] aut ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio“ und

2. l. 1 pr. Dig. de o. et. a. 44,7: „obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris“,

aus denen wir in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre für das römische Recht das Prinzip ableiten, daß gewillkürte Schuldverhältnisse (d. s. solche, die der freien Disposition der Parteien ihr Dasein verdanken, oder wie wir nach dem Sprachgebrauch des modernen Rechtes sagen können, die auf Grund eines Rechtsgeschäftes entstehen) regelmäßig nur durch Vertrag — mutuo consensu — hervorgerufen werden können. Der Vertrag (duorum pluriumve in idem placitum et consensus,[6]) also die gegenseitig erklärte und zum Bewußtsein gebrachte Willensübereinstimmung zwischen Gläubiger und Schuldner erschien den Römern unerläßlich, wenn für jenen ein Recht, für diesen eine Pflicht begründet werden sollte.

Sehen wir von den Geschäften von Todes wegen ab, die sich ja in der Regel nur auf die Rechtssphäre des Verfügenden

[5]) a. a. O. S. 345.

[6]) l. 1 § 2 Dig. de pactis 2,14.

erstrecken und die deshalb auch schon im römischen Rechte in ihrer Mehrzahl einseitig sind,[7]) so finden wir unter der so großen Zahl von Geschäften unter Lebenden, die das corpus juris anerkennt, eine einzige Durchbrechung des oben festgestellten Vertragsprinzipes, und das ist eben die pollicitatio. Bei ihr allein bedurfte es zur Entstehung der Verbindlichkeit nicht der Willensübereinstimmung zweier Parteien und deren Erklärung, sondern die nuda pollicitatio hatte ausnahmsweise obligierende Kraft.[8])

Zwar führen die Darstellungen des römischen Rechtes für dieses in der Regel noch weitere angeblich einseitig-obligationserzeugende Geschäfte unter Lebenden an, so vor allem das votum,[9]) ferner die dotis dictio[10]) und „die in der Anstellung eines Gewerbeverwalters oder Schiffsführers abgegebene öffentliche Erklärung".[11]) Wir schließen uns aber der Meinung an, daß wir in dem votum einen Vertrag mit der Gottheit zu erblicken haben[12]) und daß auch bei der dotis dictio nur auf Grund angenommenen Versprechens die Obligation entsteht, da hier das Schweigen des Ehemanns mit Fug als stillschweigende Annahme gedeutet wird.[13]) Bezüglich der von Windscheid angeführten angeblich einseitig verpflichtenden Erklärung endlich treten wir der Auffassung Dernburgs u. a. bei,[14]) daß in den Fällen der a° exercitoria und institoria die Verpflichtung des Geschäftsherrn nicht einer öffentlichen Erklärung desselben entspringt, sondern auf dem Vertragsschluß seines als Stellvertreters handelnden Angestellten beruht.[15])

---

[7]) Das einzige zweiseitige Geschäft auf den Todesfall, das im röm. Rechte bekannt war, ist die donatio mortis causa. Das gemeine Recht und das BGB. kennen außerdem den Erbverzicht und Erbvertrag.

[8]) vgl. ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur (Paulus); Mannesmann S. 16.

[9]) Dernburg, Pand. II S. 23; v. Scheurl, Lehrbuch der Institutionen 8. Aufl. 1883 § 121; Mannesmann l. c. S. 20.

[10]) Mannesmann l. c. S. 18; Epit. Gaji II, 9, 3,4.

[11]) So Windscheid, Pand. II S. 221 in bezug auf die Fälle der a° exercitoria und institoria.

[12]) Fischer S. 6 unter Berufung auf Pernice, Labeo I S. 256.

[13]) Dernburg, Pand. II S. 30 Anm. 11.

[14]) [15]) Dernburg, Pand. II § 13 Anm. 13; Mitteis, Stellvertretung,

So bleibt denn tatsächlich allein die pollicitatio im römischen Rechte als Beispiel dafür übrig, daß auch bei Rechtsgeschäften unter Lebenden ausnahmsweise der Schuldner lediglich durch sein in Verpflichtungsabsicht geäußertes Versprechen einen klagbaren Anspruch hervorzurufen vermochte, und es wird so verständlich, daß die erste Gegnerschaft gegen die Vertragstheorie an dieses römisch-rechtliche Institut anzuknüpfen suchte.

Der damit begangene Fehler ist jedoch bald erkannt und seitdem vermieden worden, und da gleichzeitig auch weitere offenbar einseitig verpflichtende Rechtsgeschäfte unter Lebenden, wie die Inhaberpapiere und Stiftungen, die mit den Pollizitationen noch weniger zu tun hatten als die Auslobung, der juristischen Konstruktion bedurften, so haben die neueren Vertreter der Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts allgemein von einer Anlehnung an die römische pollicitatio abgesehen.[16]) Sie erkennen in der Auslobung und in den anderen vorerwähnten Rechtsgeschäften des modernen Rechtes vielmehr weitere im gemeinen Rechte unter dem Einflusse deutschrechtlicher Anschauung entstandene und gewohnheitsrechtlich anerkannte Ausnahmen von dem auch im gemeinen Rechte gültigen Grundsatze der Unverbindlichkeit einseitiger nicht angenommener Versprechen an.

Von großem Einflusse auf die Klärung der Frage in dieser Richtung ist die schon erwähnte Abhandlung Siegels: „Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Rechte“ gewesen, auf die wir zum besseren Verständnisse der Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts etwas näher eingehen müssen.

Siegel suchte durch die Schrift den Nachweis dafür zu führen, daß 1. im deutschen Rechte das in Verpflichtungsabsicht

---

1885 S. 25 u. 29. „Der Angestellte handelte hier mit offener Vollmacht, so daß der Mitkontrahent daher wußte, ein Geschäftsherr stehe hinter demselben, und mit Rücksicht auf diesen Geschäftsherrn kontrahierte.“ (So Dernburg a. a. O.) Vgl. auch Zschimmer l. c. S. 25.

[16]) Siegel l. c. S. 107; Dernburg, Pand. II S. 23 Anm. 10; Stobbe, Privatrecht III S. 102; Unger in Grünhuts Zeitschr. I (1874) S. 369; Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen, Berlin 1877, S. 271; vgl. auch Windscheid, Pand. II S. 237 Anm. 2 u. die dort Zitierten; auch Oertel l. c. S. 48.

abgegebene einseitige, nicht angenommene Versprechen im gewissen Umfange ein allgemeiner Entstehungsgrund für Schuldverhältnisse gewesen sei, und daß 2. das gemeine Recht, wie die Anerkennung einer großen Anzahl verpflichtender nicht angenommener Versprechen beweise, auch für sein Gebiet die Gültigkeit dieses deutschrechtlichen Entstehungsgrundes anerkannt habe. Er führt zum Beweise seiner Behauptung unter 2 eine Anzahl Rechtsgeschäfte unter Lebenden an, die seiner Meinung nach ihren Urheber verpflichten, entweder eine gewisse Zeit lang „im Worte zu bleiben“ [17]) oder überdies „sein Wort zu erfüllen“. [18])

Die von ihm eingeführte Zweiteilung der Verpflichtung hat allgemeinen Beifall nicht gefunden, [18a]) und ebenso hat sich die herrschende Lehre des gemeinen Rechtes gegen seine Behauptung zu 2 erklärt. Trotzdem bleibt es das Verdienst Siegels, in jener Schrift die damals schon anerkannten Ausnahmen von dem für Rechtsgeschäfte unter Lebenden gültigen Vertragsprinzip eingehend hervorgehoben und überzeugend nachgewiesen zu haben, daß wir im deutschen Rechte den Grund für die weiteren gemeinrechtlichen Ausnahmen von dem Grundsatze der Unverbindlichkeit einseitiger nicht angenommener Versprechen zu suchen haben. Auf Grund jener Schrift stimmen wir Siegel darin bei, daß im deutschen Rechte allgemein das Versprechen als die Hauptsache bei Begründung eines Schuldverhältnisses erscheint, [19]) neben welchem die Annahme fast lediglich etwas Akzessorisches bildet. Die gegensätzliche römische Auffassung, die in der sponsio den regelmäßigen Entstehungsgrund einer Obligation erblickte, mußte dazu führen, ohne die vorherige Äußerung eines Gläubigerwillens die Entstehung eines Schuldverhältnisses zu

---

[17]) a) Vertragsofferte an Abwesende, b) Vertragsofferte mit einer Bedenkzeit, c) das hinkende Geschäft, d) das Steigerungsgebot.

[18]) a) Die Auslobung, b) die Schuldverschreibung zugunsten ihres Inhabers, c) das Wechselakzept, d) das Schuldversprechen zu fremden Handen.

[18a]) vgl. Windscheid-Kipp, Pand. II Anm. 12 zu § 304 S. 222.

[19]) Zustimmend: Carl A. Schmidt, Der prinzipielle Unterschied zwischen dem röm. u. german. Recht I, 1853; vgl. das Zitat bei Siegel S. 49; Dernburg, Pand. II S. 22 Anm. 1; Mannesmann S. 55.

verneinen, und wir erkennen die Starrheit dieses Grundsatzes in seiner ganz vereinzelten Durchbrechung.[20]) Der deutschen Rechtsanschauung dagegen fiel es nicht schwer, auch in weiteren Fällen den im allgemeinen bei der Rezeption als richtig befundenen römischen Standpunkt zu verlassen.

Als geeignete Fälle aber, um ausnahmsweise auch im weiteren Umfange Rechte und Pflichten durch nicht angenommene Versprechen entstehen zu lassen, kamen diejenigen in Betracht, wo das Versprechen in solenner Form — sei es öffentlich, sei es schriftlich — abgegeben wurde. Bei ihnen erschien das Versprechen schon infolge seiner Form mehr als ein bloßes „Reden vom Wollen"; aus der Form, unter der es abgegeben wurde, war vielmehr deutlich erkennbar, daß ein Verpflichtungswille dahinterstand, und man hielt es für geboten, diesen auch rechtlich anzuerkennen.[21]) Hierzu aber gehört vor allem die Auslobung, die sich ja in ihrer gewöhnlichen Form an alle Menschen zu wenden pflegt.

Wir stimmen deshalb mit den Vertretern der Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts überein und erkennen in der Auslobung ein einseitiges Versprechen des Auslobenden, das infolge der Form, unter der es abgegeben wird, seinen Urheber verpflichtet, ohne der Annahme und des Hinzutritts eines weiteren Willens zu bedürfen. Als einseitiges in Verpflichtungsabsicht abgegebenes Versprechen verpflichtet es aber seinen Urheber nur in dem Umfange, wie dieser sich verpflichten will, mit anderen Worten nur dann, wenn die verlangte Leistung von irgend jemand vollbracht ist.[22])

Demzufolge konstruieren wir mit den gemeinrechtlichen

---

[20]) vgl. oben die Ausführungen S. 39.

[21]) Gegen die Theorie des einseitigen Rechtsgeschäftes ist von Gerber (vgl. Oertel S. 44) eingewendet worden, daß bei mangelnder Annahme nicht ersichtlich sei, wann das Rechtsgeschäft zum Abschluß gelange: „erst die Annahmeerklärung vermag die für das Rechtsleben notwendige Präzision und Evidenz des Geschäftsabschlusses zu geben." Dieser Behauptung gegenüber verweisen wir insbesondere auf das Formerfordernis, da durch die Form die gleiche Wirkung wie durch die Annahme erzielt wird.

[22]) Die Beifügung dieser Bedingung ist für die Auslobung wesentlich, ein unbedingtes Versprechen ist keine solche; vgl. u. § 6.

Vertretern der Theorie des einseitigen Rechtsgeschäftes das der Auslobung entspringende Schuldverhältnis in der Weise, daß wir sagen:

Die Auslobung ist eine einseitige in Verpflichtungsabsicht abgegebene Willenserklärung, auf Grund deren der Auslobende zur Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit verpflichtet wird, mit Eintritt der von ihm hierfür gesetzten Bedingung, das ist mit Vornahme der Handlung.

Diese Konstruktion bietet also gegenüber den mannigfaltigen Versuchen der Anhänger der Vertragstheorie den einschneidenden Vorteil, daß sie gestattet, die Entstehung des Schuldverhältnisses allein von der Tatsache der Erbringung der geforderten Leistung abhängig zu machen, wozu, wie wir in § 3 sahen, auf dem Boden der Vertragstheorie nicht zu gelangen war. Sie allein ermöglicht, alle Handlungen, die nur irgendwie nach billigem Ermessen Berücksichtigung verdienen, der Belohnung teilhaftig werden zu lassen. Denn die Bedingung, daß die Verpflichtung abhängig sein soll „von Vornahme der Handlung", ist durchaus nicht notwendig auf die Zukunft zu beziehen, sondern in vielen Fällen, wo die Handlung schon vorgenommen war, wird es dem Willen des Auslobenden entsprechen, daß schon auf Grund der bereits vorgenommenen Handlung sofort mit der Perfektion der Auslobungserklärung seine Bindung erfolgt.[23])

Diese Konstruktion gestattet aber auch eine präzise Entscheidung der Frage nach der Widerruflichkeit der Auslobungserklärung, auf die wir unten § 9 näher eingehen müssen. Hier heben wir nur hervor, daß nach richtiger Ansicht die Widerruflichkeit der Auslobung dem Willen des Auslobenden, der allein maßgebend ist, entspricht und daß demzufolge die Un-

---

[23]) Nach den Umständen des Falles ist zu beurteilen, ob der Auslobende auch dann verpflichtet sein wollte, wenn derjenige, der die Handlung bereits früher erbracht hat, zur Zeit der Auslobung schon verstorben ist. In vielen Fällen wird dies zu bejahen sein. Dem Willen des Auslobenden wird es dann entsprechen, daß die mit seiner Verpflichtung korrespondierende Berechtigung den Erben des Handelnden zusteht.

widerruflichkeit durchaus keine notwendige Konsequenz der Theorie des einseitigen Rechtsgeschäftes ist.[24])

Die unzweifelhaften Vorteile, die die Theorie des einseitigen Rechtsgeschäftes bietet, sind schon im gemeinen Rechte selbst von Vertretern der Vertragstheorie anerkannt worden, insbesondere hat es Windscheid ausgesprochen, daß man mit ihr leichter den Bedürfnissen des Lebens gerecht werden könne „und daß für die Gesetzgebung kaum ein Hindernis vorhanden sein möchte, die Auslobung als einseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft anzuerkennen.[25])

Dieser letzteren von Windscheid gegebenen Direktive und den Vorteilen, die die Adoption der Theorie des einseitigen Rechtsgeschäftes versprach, haben sich die Redaktoren des ersten Entwurfs nicht verschlossen, denn sie haben, wie schon im § 2 (oben S. 18) erwähnt, sich für die „Pollizitationstheorie" entschieden.

Bevor wir nun aber in Prüfung der Frage eintreten, ob der 1. Entwurf und die auf ihm beruhende Regelung unserer Materie im Bürgerlichen Gesetzbuch die Annahme der Theorie des einseitigen Rechtsgeschäftes erkennen läßt und ob alle Bestimmungen der §§ 657—661 mit der einseitigen Natur der Auslobung verträglich sind, möchten wir noch kurz die Stellungnahme des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der allgemeinen Frage nach der Entstehung von Schuldverhältnissen überhaupt hervorheben. Auch nach ihm ist der Kreis dieser Entstehungsgründe kein geschlossener, da außer Rechtsgeschäften und unerlaubten Handlungen die mannigfaltigsten Tatsachen anerkannt werden, an die sich kraft positiven Rechtes Rechte und Verpflichtungen anknüpfen können. Betreffs der Entstehung von Schuldverhältnissen durch Rechtsgeschäft aber wird im § 305 gesagt, daß hierfür ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich sei, „soweit nicht das Gesetz ein anderes

---

[24]) So auch Windscheid, Pand. II Anm. 6 zu § 308; Brummund l. c. S. 44; — a. M. Siegel, der hier eine Verpflichtung „im Worte zu bleiben" konstruiert; Oertel S. 75 u. die dort Zitierten; Endemann, BGB. I S. 799 Anm. 8.

[25]) Windscheid, Pand. II Anm. 3 zu § 308.

[26]) Motive zu § 581 (II S. 519).

vorschreibt". Hieraus ergibt sich, daß auch das Bürgerliche Gesetzbuch das schon vom gemeinen Rechte als richtig erkannte Vertragsprinzip des römischen Rechtes übernommen hat und daß es das einseitige nicht angenommene Versprechen als allgemeinen Schuldentstehungsgrund auch nicht in beschränktem Umfange anerkennt.[27]) Wesentlich für uns aber ist, daß § 305 ausdrücklich erklärt, daß Ausnahmen von dem Prinzipe im Gesetzbuche selbst anerkannt worden sind. Damit wird gesetzlich sanktioniert, daß es „einseitige schulderzeugende Rechtsgeschäfte" gibt, und es wird damit unseren Gegnern das früher vielfach wirksame Argument entzogen, daß ein solches Rechtsgeschäft eine juristische Unmöglichkeit sei.[28])

Nach diesen notwendigen Vorbemerkungen wenden wir uns den §§ 657 bis 661 BGB. selbst zu, bezüglich deren wir im § 3 unserer Abhandlung schon konstatiert haben, daß in ihnen klar zum Ausdruck gelangt, daß das Schuldverhältnis entsteht „mit Vornahme der Handlung" und allein auf Grund der Vornahme der Handlung. Wir überzeugen uns nunmehr aber auch, daß nach dem Gesetze die Auslobung notwendig der „öffentlichen Bekanntmachung" bedarf, denn dies ist in dem grundlegenden § 657 an erster Stelle ausgesprochen.

Damit haben wir aber bereits in dem Gesetzestexte die,

---

[27]) Die Motive sprechen sich hierzu ausführlich aus: II S. 175. Dort werden auch ausdrücklich als im Gesetze anerkannte Ausnahmen von dem Prinzip des § 305 „Auslobung, Stiftung und Inhaberpapiere" genannt.

[28]) Breit nennt in seinem Aufsatze „Zur Lehre vom Rechtsgeschäfte" (Sächs. Archiv Bd. 13, 283 f.) die Neujahrsnacht des Jahres 1900 die Geburtsstunde des Begriffs des „einseitigen Rechtsgeschäfts", „was vorher lag, waren mehr embryonale Zustände." In dieser Allgemeinheit möchten wir ihm nicht beipflichten, denn das „einseitige Rechtsgeschäft" an sich ist längst vor dem BGB. ganz allgemein anerkannt gewesen. Breit denkt wohl auch nur an das „einseitige obligationserzeugende Rechtsgeschäft unter Lebenden", und mit Bezug auf dieses möchten wir seine Bemerkung sehr treffend finden. Denn tatsächlich wird dessen Existenz, wie im Texte ausgeführt, durch § 305 zum ersten Male gesetzlich bestätigt. (Wir setzen dabei voraus, daß § 305 nur Schuldverhältnisse auf Grund von Rechtsgeschäften unter Lebenden im Auge hat, denn die Rechtsgeschäfte von Todes wegen behandelt das 5. Buch des BGB.)

wie vorher ausgeführt, notwendigen Vorbedingungen nachgewiesen, auf Grund deren wir unsere Theorie aus dem Gesetze selbst abzuleiten vermögen.

Diese Möglichkeit stellt denn auch Fischer nicht in Abrede, wennschon er in der Zulässigkeit des Widerrufs ein „Abweichen von der Theorie des einseitigen Rechtsgeschäftes" erblickt.[29] Seine Angriffe richten sich vielmehr hauptsächlich gegen die in den Motiven vertretene Konstruktion des Schuldverhältnisses auf Grund unserer Theorie, die er für unvereinbar mit den gegebenen Bestimmungen des Gesetzes hält. An der Unmöglichkeit, diese Bestimmungen mit der Konstruktion der Motive oder auch mit einer wohlwollend modifizierten Konstruktion[29a] zu vereinigen, scheitert, seiner Meinung nach, der Versuch, den die Redaktoren unternommen haben. Auf seine Ausführungen in dieser Richtung müssen wir jetzt noch näher eingehen, während wir einige angeblich unbillige Konsequenzen im § 5 berühren werden.

Mit den Motiven [II S. 520 und 522] stellt Fischer[30] die Konstruktion des Schuldverhältnisses in folgender Weise fest:

> „Durch das Vollbringen der Tat wird die Person des Berechtigten bestimmt und die Voraussetzung für die Entstehung der Verbindlichkeit erfüllt. Vorher fehlt es an einem Berechtigten. Es ist vor der Vollbringung niemand da, welcher aus der Auslobung auch nur einen bedingten Anspruch erworben hätte. . . ."
>
> „Mit dem wirksamen Widerruf wird der Auslobende von jedem Anspruch frei, wie wenn die Auslobung gar nicht stattgefunden hätte, vor vollbrachter Tat besteht, wie bemerkt, keine Verbindlichkeit des Auslobenden."

Den ersten Angriff auf diese Konstruktion, der auch wir beitreten,[30a] führt Fischer mit der Bestimmung des § 658 Abs. 1 Satz 2 am Ende, laut deren der Widerruf nicht nur in

---

[29] S. 14—15 seiner Abh., wir verweisen auf die Bemerkungen oben S. 43 a. E.

[29a] a. a. O. S. 14.

[30] a. a. O. S. 12.

[30a] s. o. S. 43.

öffentlicher Form, sondern auch „durch besondere Mitteilung“ zulässig ist, im letzteren Falle natürlich nur mit Wirkung gegenüber demjenigen, dem der besondere Widerruf zuging. Diesem einen allein nützt also die Vornahme der Handlung nichts, während für alle übrigen die Auslobung wirksam bleibt, daraus aber folgt — nach Fischers Meinung —, daß alle diejenigen, an die die Auslobung sich richtet, mit deren Bekanntmachung schon eine „Anwartschaft“ auf die Belohnung erwerben, und diese eben ist es, die derjenige verliert, demgegenüber privatim widerrufen wird.

Hierzu bemerken wir, daß der sogen. „besondere“ Widerruf dem ersten Entwurfe fremd war, daß er vielmehr erst auf Beschluß der II. Kommission, „um Zweifel zu vermeiden“, im Gesetze sanktioniert worden ist.[31]) Was er bestimmt, würde ohnehin schon gegolten haben, denn in solchem Falle würde wohl stets eine vom Auslobenden eingewendete exceptio doli zur Abweisung der Klage führen. Dies aber und weiter nichts will der Zusatz zu § 658 besagen: Der Handelnde würde dolos verfahren, wenn er, obwohl er weiß, daß der Auslobende sein Versprechen zurückgenommen hat, die geforderte Handlung doch vornimmt und auf Grund ihrer die Belohnung beansprucht.[32]) Daß dem Empfänger des besonderen Widerrufs ein bedingter Anspruch genommen würde, folgt aus dem Gesetze gar nicht.

Ebensowenig folgt aber das Vorhandensein eines bedingten Anspruchs bereits vor Vornahme der Handlung aus der Zulässigkeit des Widerrufsverzichts,[33]) wie dies Fischer S. 12 behauptet. Hierzu meint Fischer: „Wenn der Auslobende seinen Widerruf ausschließt, so kann er nicht widerrufen, ist also gebunden.“ Wie aber sollte er gebunden sein, wenn seiner angeblichen Verpflichtung kein Recht gegenüberstände? „Denn der Satz, daß Rechte und Verbindlichkeiten nicht ohne Subjekt

---

[31]) Zu vgl. Prot. II S. 347.

[32]) vgl. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach röm. und heut. Reichsrecht, Freibg. 1897, S. 521, der meint, daß die bona fides ausgeschlossen würde. Oertel S. 75 hält den besonderen Widerruf „de lege ferenda“ und auf Grund des 1. Entwurfs für wirkungslos.

[33]) § 658 Abs. 2; s. u. § 9.

existieren können, ist, wie Jhering[34]) treffend bemerkt, eine der unbestreitbarsten und selbstverständlichsten Wahrheiten." Diesem Angriffe gegenüber verweisen wir nur auf die unbestreitbare Tatsache, daß der modernen Rechtsanschauung,[35]) wie dies aus dem Bürgerlichen Gesetzbuche hervorgeht,[36]) weder der Begriff der objektiven Gebundenheit ans Wort, noch der des subjektlosen Rechtes widerstrebt. Erkennt aber das Gesetz an anderen Stellen derlei Rechte und Pflichten an, so dürfte nichts im Wege stehen, daß wir auch hier die Verpflichtung des Auslobenden ohne entgegenstehende Berechtigung annehmen können.

Im Anschlusse an diese beiden vorerörterten Punkte erwähnt Fischer noch eine „Schwierigkeit", die sich vom Standpunkte unserer Theorie aus in der Tat ergibt[37]) bei der Frage der Anfechtung einer infolge Irrtums, Betrugs oder Drohung mangelhaften Auslobungserklärung und zwar dann, wenn der Auslobende auf sein Widerrufsrecht verzichtet hat. (BGB. §§ 119 und 123.) Nach §§ 121, 124 muß in diesen Fällen die mangelhafte Erklärung innerhalb einer bestimmten Frist oder gar unverzüglich nach Beseitigung des Willensmangels angefochten werden, sofern ihre Wirkungen aufgehoben werden sollen, die Anfechtung selbst aber hat gegenüber einem bestimmten Anfechtungsgegner zu erfolgen. Als solcher gilt nach § 143 III bei einem einseitigen Rechtsgeschäft, das nicht einem anderen gegenüber vorzunehmen war, jeder, der auf Grund des Rechtsgeschäfts unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat.

Es ist nun die sehr entfernte Möglichkeit vorhanden, daß der Auslobende in einem solchen ganz seltenen Fall von der Person des hiernach gegebenen Anfechtungsgegners unmittelbar nach Entdeckung oder auch innerhalb eines Jahres nach Be-

---

[34]) In seinem Jahrb. für Dogm. X S. 360.

[35]) vgl. Endemann, BGB. I S. 85 Anm. 1 und die dort Zitierten.

[36]) § 1904 (Zweckvermögen); vgl. ferner § 2162 II, wo eine Verpflichtung zur Auszahlung eines Vermächtnisses anerkannt wird, obwohl der hierzu Berechtigte noch gar nicht erzeugt ist. Endemann I S. 85 Anm. 1, weitere Beispiele ebendort S. 97,2.

[37]) a. a. O. S. 13f.

seitigung des Willensmangels keine Kenntnis erlangt oder daß ein solcher Gegner überhaupt nicht vorhanden ist; denn da erst durch Vollbringung der geforderten Leistung irgend jemand einen rechtlichen Vorteil aus der Auslobung erlangen kann, so fehlt eine solche Person, wenn bis zur Aufklärung des Irrtums oder innerhalb der Anfechtungsfrist des § 124 BGB. noch niemand die Handlung vorgenommen hat.

Das Gesetz gibt hierfür keine Entscheidung, und die Mot. I S. 221 erklären zu der Frage: „Vorsorge für diejenigen Fälle zu treffen, in welchen der Anfechtungsgegner noch unbekannt oder nicht erreichbar ist, erscheint mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 76 (des 1. Entwurfs, jetzt § 132) entbehrlich."

Fischer führt nun aber selbst nicht weniger als 3 Möglichkeiten an, wie die vorhandene Schwierigkeit zu bewältigen ist, auch ohne daß wir in der Auslobung eine empfangsbedürftige Willenserklärung erblicken müßten, behauptet aber, daß diese alle entweder keine zureichende Lösung ergäben oder mit dem Gesetze in Widerspruch ständen. Alle drei Möglichkeiten hat schon Planck in Vorbem. III zum 9. Titel — S. 402 seines Kommentars — in Betracht gezogen und hierbei in erster Linie den durchaus annehmbaren Vorschlag gemacht, auf Grund logischer Interpretation die Anfechtung anstatt unverzüglich oder innerhalb eines Jahres nach Beseitigung des Willensmangels in gleicher Weise „nach Vornahme der Handlung" geschehen zu lassen, er gibt aber selbst zu, daß dies dem Auslobenden nichts nützen würde, wenn dieser durch Zufall von der Handlung keine Kenntnis erlangte.[38])

Eine weitere Möglichkeit bildet jedoch die bereits in den Motiven erwähnte (s. oben) öffentliche Zustellung der Anfechtungserklärung, da die Voraussetzung des § 132 II BGB. gegeben erscheint. Hier erhebt sich nur der Zweifel, ob diese Form wirksam ist, wenn sie schon vor Vornahme der Handlung geschieht, also zu einer Zeit, wo tatsächlich noch gar kein An-

[38]) Vielleicht dürfte eine sinngemäße Auslegung der §§ 121 und 124 auch noch einen Schritt weiter gehen und die Anfechtung geschehen lassen unverzüglich nach Kenntnis von Vornahme der Handlung oder innerhalb eines Jahres nach Kenntnis.

fechtungsgegner vorhanden ist, denn § 132 setzt die Existenz eines solchen voraus.

Mit Rücksicht auf die Mängel der beiden ersten Vorschläge gibt Planck noch einen weiteren Weg zur Umgehung der in Frage stehenden Schwierigkeit an, und zwar die Anfechtung im Wege öffentlicher Erklärung geschehen zu lassen.

Diesen Weg hält Fischer vom Standpunkte der in den Motiven ausgeführten Konstruktion aus für ungangbar. Wir aber meinen, daß gerade er für unseren Zweck am geeignetsten ist[39]) und daß er sich sehr wohl auch mit der Nichtempfangsbedürftigkeit der Auslobungserklärung verträgt. Seine Möglichkeit ergibt sich für und aus einer sinngemäßen erweiternden Auslegung des § 143 III, dem wir die Fassung geben möchten: „(Anfechtungsgegner ist jeder), der . . . einen rechtlichen Vorteil erlangt hat oder annehmbarerweise erlangen wird.“ Ein Anfechtungsgegner in diesem Sinne ist schon vor Vornahme der Handlung vorhanden und nur seine Person ist „subjektiv“ [40]) ungewiß, denn er befindet sich entweder in dem Kreise, an den sich die Auslobung gewendet hat, oder im weitesten Sinne unter der Gesamtheit aller Menschen. Wie aber nun eine sonstige Anfechtungserklärung wirksam ist, auch wenn sie außer dem Anfechtungsgegner auch noch gegenüber anderen Personen erfolgt, so genügt in unserem Falle die Anfechtung durch öffentliche Erklärung gegenüber jedermann und damit zugleich gegenüber dem in Betracht kommenden Anfechtungsgegner.[41]) Sollte aber in einem Falle auch nicht einmal jemand vorhanden sein, der annehmbar einen rechtlichen Vorteil aus der Auslobung erlangen „könnte“, deshalb, weil die geforderte Handlung nie erbracht werden wird oder gar nicht erbracht werden kann, nun dann würde die Anfechtung in der Tat unmöglich und eine trotzdem erfolgende öffentliche Anfechtung unwirksam sein, doch

---

[39]) vgl. Oertmann § 658, 5, 6.

[40]) So Planck.

[41]) Planck hebt mit Recht hervor, daß die zuletzt erwähnte Form der Anfechtung sich um deswillen besonders empfiehlt, weil sie sofort nach Beseitigung des Willensmangels gestattet, die Auslobung aus der Welt zu schaffen, und dies liegt zweifellos im Interesse aller Beteiligten.

kann dies dem Auslobenden gleichgültig sein, da es ja dann eben ausgeschlossen ist, daß er jemals auf Grund seiner mangelhaften Erklärung in Anspruch genommen werden könnte.

Die von Fischer aus dem Gesetze hergeleiteten Widersprüche zwischen den getroffenen Bestimmungen und der in den Motiven ausgeführten Konstruktion der Auslobung als nicht empfangsbedürftiger einseitiger Willenserklärung sind also tatsächlich nicht vorhanden, und die Schwierigkeit, die er nachweist, ist nicht derart, daß man sie von unserem Standpunkt aus überhaupt nicht zu lösen vermöchte. Ohne jeden Zwang haben wir vielmehr die Voraussetzungen für die Ableitung unserer Theorie im Gesetze selbst nachweisen und diese mit dessen gesamter Regelung der Materie in Einklang bringen können.

§ 5.

Das Ergebnis.

Fassen wir nunmehr das Ergebnis unserer bisherigen Untersuchung über die rechtliche Natur der Auslobung zusammen, so möchten wir folgendes für festgestellt ansehen:

Obwohl de lege ferenda die Regelung unserer Materie an sich sowohl vom Standpunkte der Vertragstheorie wie von dem der Theorie des einseitigen Rechtsgeschäftes aus möglich gewesen wäre, hat sich der Gesetzgeber des BGB., auf Grund von Erwägungen, die schon im gemeinen Rechte dieser Lehre das Übergewicht sicherten, für die Theorie des einseitigen Rechtsgeschäftes entschieden und diesen Standpunkt im Gesetze selbst klar und unzweideutig und so zum Ausdruck gebracht, daß für die gegenteilige Lehre im Gesetze selbst kein Anhalt mehr geboten wird.

Wir wollen jetzt dieses Ergebnis zum Schlusse unserer allgemeinen Betrachtung noch darauf prüfen, ob der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs praktisch von Wert und billig ist, oder ob, wie Fischer behauptet, die Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts in gewisser Beziehung versagt und in mehreren

Richtungen zu unbilligen Konsequenzen führt. Wir folgen auch hierbei den Fischerschen Ausführungen, insbesondere dem, was er in § 5 seiner Abhandlung gegen die gegebene Regelung vorbringt.

Es sind insgesamt noch drei Punkte, die Fischer gegen die einseitige Natur der Auslobung ins Feld führt und zu denen auch wir noch Stellung zu nehmen gedenken.

Sein Hauptargument, auf das er hier seine ablehnende Meinung gründet, hat er selbst auf S. 25 dahin formuliert: „Mag immerhin die Pollizitationstheorie bei der Auslobung im allgemeinen durchführbar sein, gegenüber der Preisausschreibung versagt sie vollkommen." Er glaubt sich dabei im Einverständnisse mit Oertmann,[1]) Planck[2]) und Cosack[3]) zu befinden, die jedoch tatsächlich de lege lata sämtlich überzeugte Anhänger der Theorie des einseitigen Rechtsgeschäftes sind.[4])

Bezüglich des Preisausschreibens weist Fischer daraufhin, daß bei ihm eine besondere Bewerbung um den Preis ausdrücklich gefordert werde, in der Bewerbung aber könne nichts anderes erblickt werden, als die „Annahme des in der Auslobung enthaltenen Versprechens".

Diese letztere Behauptung ist aber ebenso unbegründet und ein Verstoß gegen feststehende Erfahrungstatsachen wie die früher bereits zurückgewiesene Unterstellung, daß bei der Auslobung überhaupt erst durch Beanspruchung der ausgesetzten Belohnung die Verpflichtung des Auslobenden begründet würde. Wir verweisen deswegen auf unsere Ausführungen oben S. 30 und heben nochmals hervor, daß nach allgemeiner Anschauung, wie dies Fischer S. 19 selbst zugibt, derjenige, der nach Vornahme der Handlung vom Auslobenden die Belohnung beansprucht, damit nicht erst sein Forderungsrecht auf diese begründen will, sondern es als schon geschaffen betrachtet.

---

[1]) § 661, 1a.

[2]) § 661, 1 Abs. 2.

[3]) I S. 550 IV.

[4]) Planck II S. 401; Oertmann S. 385 Vorbem. 1; Cosack I S. 305 u. S. 560.

Ganz ähnlich wie mit der Beanspruchung der Belohnung verhält es sich mit der in § 661 erwähnten Bewerbung. Auch bei ihr weiß der Bewerber genau, daß ihm nicht seine Bewerbung oder überhaupt ein Willensakt seinerseits den Anspruch auf den Preis erwerben kann, sondern daß er in dieser Beziehung ganz auf das Belieben des Auslobenden angewiesen ist. Viel mehr als bei jeder anderen Form unseres Institutes tritt bei dem Preisausschreiben der streng einseitige Charakter der Auslobung zutage, denn während sonst für die Belohnungswürdigkeit und für die Frage, ob der Anspruch entstehen soll, objektive Gesichtspunkte maßgebend sind, so daß es den Anschein gewinnen kann, als ob das schließlich entstandene Schuldverhältnis nicht lediglich dem Willen des Auslobenden entsprungen wäre, behält sich hier der Auslobende entweder selbst oder von ihm bestimmten Vertrauensleuten die Entscheidung darüber vor, ob jemandem ein Anspruch auf den Preis zukommen soll. Durch die Bewerbung wird auch nicht etwa ein bedingter Anspruch des Anwärters geschaffen, denn die Bedingung würde sonst das freie Belieben des Auslobenden oder seiner Stellvertreter sein, vielmehr ist die Bewerbung selbst die Erfüllung einer vom Auslobenden gesetzten weiteren Bedingung. Wir werden im besonderen Teile (§ 6) festzustellen haben, daß der Auslobende, wie dies ja selbstverständlich ist, seine Verpflichtung von beliebigen Bedingungen, außer der gesetzlich notwendigen,[5]) abhängig machen kann, daß er z. B. nicht gehindert ist, im einzelnen Falle, trotz des Schlusses von § 657 Vornahme der Handlung mit Rücksicht auf die Auslobung zu fordern, und so steht es ihm denn auch frei, im Falle des Preisausschreibens die fernere Bedingung zu setzen, daß er nicht schon durch Vornahme der Handlung, sondern nur dann gebunden sein wolle, wenn die Handlung unter den mehreren Lösungen, die die von ihm gestellte Aufgabe zulasse, seiner Meinung nach als die beste oder falls nur eine Lösung erfolgt, wenn diese ihm preiswürdig erschiene. In dieser Bedingung liegt aber zugleich die weitere, daß jeder Handelnde seine Leistung vorlegen muß; es

[5]) vgl. oben Anm. 22 zu § 4.

ist dies eine „notwendige Bedingung“ für die vom Auslobenden zu treffende Entscheidung, denn wie sollte er wissen, daß überhaupt gehandelt und welche Handlung die beste ist, wenn ihm diese nicht zur Begutachtung unterbreitet würde.

Auch die Bewerbung ist also lediglich etwas Tatsächliches und keine auf Rechtserwerb gerichtete Willensäußerung. Deshalb erwirbt durch den Spruch des Auslobenden auch derjenige ein Forderungsrecht auf den Preis, der sich selbst gar nicht um diesen beworben, für den vielmehr ein Dritter die Preisarbeit eingereicht hat.[6])

Wie die Bewerbung so sind aber auch die übrigen Bestimmungen, die in ein Preisausschreiben aufgenommen werden können, lediglich als Bedingungen anzusehen, von denen der Auslobende seine Bindung abhängig machen will. Soll demgemäß das Eigentum an dem preisgekrönten Werke an den Auslobenden übergehen, dann hat der Preisbewerber noch die weitere Bedingung zu erfüllen, mit Überreichung des Werkes eine Übereignungsofferte zu stellen, die anzunehmen oder abzulehnen dem Auslobenden anheimsteht. Auch das kann der Auslobende sich ausbedingen, daß der Preisbewerber mit seiner Bewerbung eine Werkvertragsofferte des Inhalts stelle, daß er sein Werk auch ausführen wolle (z. B. den nur in Grundriß und Zeichnungen entworfenen Bau!), wenn der Auslobende auf dieses hin den Preis ihm zuerkenne.

Warum die Bedingung im einzelnen Falle nicht in der Bereiterklärung zur Eingehung eines Vertrages bestehen soll, und warum dann, wenn das condicionis implenda causa datum[6a]) einen vertragsähnlichen Tatbestand bildet, auch die Auslobung

---

[6]) Man denke an den Fall, daß ein Verwandter eines ängstlichen Malers ohne dessen Vorwissen ein Bild zur Konkurrenz einsendet. Crome S. 524 will hier dem „Einsender“ den Anspruch auf den Preis zuerkennen. Dem möchten wir nicht beistimmen. Für preiswürdig wird das Werk erklärt und damit bestimmt, daß auf Grund dieser Leistung der Anspruch erworben ist. Diese Leistung hat aber der Urheber des Werkes vollbracht, die Einsendung ist, wennschon unbedingt erforderlich, etwas Nebensächliches.

[6a]) So Crome S. 526.

notwendig als Vertrag angesehen werden müßte, vermögen wir nicht einzusehen. Das Preisausschreiben ist also sehr wohl vereinbar mit der von uns vertretenen Theorie und spricht, ganz im Gegensatze zu Fischers Behauptung, viel mehr für die absolute Einseitigkeit der Auslobung, als jede andere Form derselben.

Wir wollen hierzu nur noch anführen, daß die Fischersche Ansicht für das Preissauschreiben die Folge haben würde, daß mit Einreichung der Arbeit zwecks Bewerbung auch der Bewerber gebunden wäre. Darin aber müßte vom Billigkeitsstandpunkte in aller Regel eine unnötige Härte erblickt werden, da auf Preisausschreiben hin meist Gelehrte oder Künstler höheren Stiles [7]) tätig werden, die an sich nicht gewöhnt, gegen Entgelt zu arbeiten, auch dann, wenn sie sich an einer solchen Konkurrenz beteiligen, nicht um des Preises willen und für den Auslobenden, sondern immaterieller Vorteile wegen und in erster Reihe für sich zu schaffen pflegen. Ihnen muß nach unserem Dafürhalten die Freiheit der Entschließung so lange wie möglich gewährleistet werden, und diesem Bedürfnisse wird nur die von uns vertretene Auffassung der Bewerbung gerecht.[7a])

Einen weiteren sehr belanglosen Einwand gegen den Standpunkt der Motive leitet Fischer davon her, „daß nach der Pollizitationstheorie außerordentlich viel von Umständen abhängen kann, die dem natürlichen Gefühle unerheblich erscheinen müssen“ (S. 26), womit er auf das Erfordernis der Öffentlichkeit der Auslobung anspielt.

Wir nennen diesen Einwand deshalb belanglos, weil auch vom gegnerischen Standpunkte aus in jedem Falle festzustellen ist, ob eine Offerte „an jedermann“ vorliegt, deren Voraussetzung aber gleichfalls ihre „öffentliche Bekanntmachung“ ist und weil ferner der Begriff der Öffentlichkeit, wennschon er im einzelnen Falle festzustellen und nicht im voraus zu bestimmen ist, keine erhebliche Schwierigkeit bietet. Der Begriff kehrt im gleichen Sinne im BGB. § 663, vor allem aber sehr häufig im Strafge-

---

[7]) vgl. Crome S. 516.

[7a]) Daß auch die 2. Komm. den Bewerber vor der Preiszuerkennung nicht gebunden wissen wollte, dazu vgl. Prot. II S. 351.

setzbuche wieder, und gerade in letzterem hat er eine überaus reiche Judikatur gezeitigt,[8]) an der wir in Zweifelfragen eine mehr als genügende Stütze haben.

An letzter Stelle behandelt Fischer besonders eingehend die von Gierke[9]) bereits hervorgehobene angeblich unbillige Konsequenz der Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts, daß nach ihr der Leistende ohne seinen Willen und unter Umständen gegen seinen Willen einen Anspruch erwirbt, daß ihm dieser also „aufgedrängt" werden kann. Das Beispiel, an dem uns Fischer diese angeblich völlig unbillige Folgeerscheinung unseres Standpunktes zu verdeutlichen sucht, ist aber schon deshalb durchaus verfehlt, weil es sich in ihm um Auslobung einer Belohnung für die Wiederherbeischaffung einer verlorenen Sache handelt. Hier übersieht Fischer und der von ihm als Opfer unserer Theorie dargestellte Regierungsassessor[10]) völlig, daß nach § 965 BGB. der Finder einer verlorenen Sache schon kraft Gesetzes einen Anspruch auf „Finderlohn" erwirbt und daß ihm in dem geschilderten Falle die Auslobung des Schustermeisters nur einen darüber hinausgehenden weiteren Anspruch verschafft. Hier hat es sich der Leistende also selbst zuzuschreiben, wenn er durch Besitzergreifung an der verlorenen Sache einen „Lohnanspruch" erwirbt, da er an sich schon — in diesem Falle aber als Jurist ganz besonders — wissen mußte, daß seine Handlung diese Folge haben würde. Wir können aber auch in jedem anderen Falle, wo dem Handelnden auf Grund einseitiger Willenserklärung des Gläubigers ein Anspruch erworben wird, eine unbillige Konsequenz selbst dann nicht erblicken, wenn der Rechtserwerb einmal gegen den Willen des

---

[8]) Wir verweisen auf Entsch. d. RG. in Strafs. 15, 274, 16, 345, 2, 196, 3, 361, 21, 254, 22, 241, 31, 413; ferner Rechtsprechung des RG. in Strafs. 2, 183, 9, 134; vgl. auch Liszt, Lehrb. des Strafrechts 10. Aufl., Berlin 1900, S. 367.

[9]) Zusammenstellung gutachtlicher Äußerungen II S. 326.

[10]) vgl. das Beispiel bei Fischer S. 27 u. 28, zu dem wir noch bemerken möchten, daß die moderne Verkehrsanschauung den Standpunkt der l. 43 § 9 Dig. 47, 2 nicht mehr teilt, wennschon feinfühligen Personen das „Beanspruchen" eines εὕρετρον in Fällen, wo dies nicht freiwillig angeboten wird, widerstreben dürfte.

Berechtigten verstoßen sollte. Denn, um sich des unwillkommenen Rechtes zu entledigen, steht ja dem Leistenden der Verzicht und daneben, wenn der Auslobende hierzu nicht bereit sein sollte, die Abtretung zu Gebote. Zu letzterer aber dürfte er, wo es sich um ein Anrecht auf eine Belohnung handelt, Interessenten in genügender Zahl finden.

Hierzu hat Oertel schon sehr richtig bemerkt, daß diese Ansicht nicht genügend zwischen dem Rechtserwerb und der Geltendmachung des Rechtes unterscheide, und in der Tat kann u. E. der erstere selbst dann nicht für unbillig gehalten werden, wenn er sich ohne oder gegen unseren Willen vollzieht. Denn da wir auch sonst überaus häufig Rechte ohne unseren Willen, lediglich auf Grund von Tatsachen oder deliktischen Handlungen Dritter erwerben, so kann uns wohl auch dann, wenn dies auf Grund der Willenserklärung eines anderen geschieht, niemals das Gefühl beschleichen, daß uns damit ein Unrecht oder ein unbilliger Zwang angetan würde, bleiben wir ja dabei stets Herr unserer freien Entschließung, ob wir das Recht geltend machen wollen oder nicht.[11])[12])

Sollte aber einmal in einem ganz besonders komplizierten Falle der Auslobende durch Aufrechnung oder auf sonstige Weise der Abtretung des Leistenden zuvorkommend diesem die Belohnung gegen seinen Willen doch aufdrängen, dann bleibt diesem auch noch die Möglichkeit, den ihm damit zugewendeten Betrag sofort wieder zu einem guten Zwecke zu verschenken und so wirtschaftlich den unerwünschten Rechtszuwachs zu paralysieren. Denn die Mitwelt pflegt ja nur nach dem wirtschaftlichen Effekte zu urteilen, der unter diesen Umständen, da Auslobung und Schenkung sich ausgleichen, gleich Null ist.

---

[11]) Wir erinnern an Fälle, wo wir durch das fahrlässige Handeln eines Handwerkers oder Dienstboten Ansprüche auf Ersatz verdorbener Gegenstände erhalten und wo dieses Recht, wenn es sich nur um geringfügiges Verschulden handelt oder wenn der fahrlässig Handelnde in recht dürftigen Verhältnissen lebt, uns niemals willkommen sein wird, da wir von ihm ja doch keinen Gebrauch machen mögen.

[12]) Unbillig würde nur sein, wenn wir gegen unseren Willen genötigt werden sollten, es geltend zu machen.

In jedem Falle ist also auch unter solchen Voraussetzungen die Möglichkeit vorhanden, sich vor sich selbst und Dritten zu rehabilitieren.

Die Anklagen Fischers gegen die Redaktoren des ersten Entwurfs und die endgültige Regelung unserer Materie im Bürgerlichen Gesetzbuch fallen danach in sich zusammen, da die angeblichen Mängel und unerwünschten Folgeerscheinungen in Wirklichkeit nicht bestehen. Vielmehr sind wir überzeugt, daß die vorliegende Regelung vor derjenigen auf Grund der Vertragstheorie nicht unwesentliche Vorteile voraus hat, von denen wir die beachtlichsten im § 4[13]) bereits hervorgehoben haben.

Bei näherer Prüfung aller von Fischer vorgebrachten Einwendungen und insbesondere mit Rücksicht darauf, daß er die von ihm besonders hervorgehobene unbillige Konsequenz des „Rechtserwerbs ohne oder wider Willen" selbst auf S. 27 als seinen Haupteinwand bezeichnet, gelangen wir zu der Überzeugung, daß wir den Grund für die gegensätzliche Meinung Fischers[14]) nicht gerade in seiner Ansicht über die rechtliche Natur der Auslobung, sondern vielmehr darin zu suchen haben, daß er ein einseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft unter Lebenden überhaupt nicht für möglich hält. Um deswillen aber sind wir auch auf die Stellung des Bürgerlichen Gesetzbuches in dieser Frage oben[15]) näher eingegangen und haben es dort im besonderen Maße begrüßt, daß durch die Fassung des § 305 diese Frage klar und deutlich im bejahenden Sinne entschieden worden ist. Daß aber trotzdem das Vorurteil der unbedingten Erforderlichkeit des mutuus consensus auch heute noch lebendig ist, dafür ist unter anderen auch Fischers Abhandlung ein Beweis.[16])

Zum Schlusse unserer allgemeinen Betrachtung heben wir nur noch hervor, daß die in vorliegender Arbeit vertretene Auffassung der aller hervorragenden Bearbeiter des geltenden

---

[13]) vgl. oben S. 43—44.

[14]) Das gleiche dürfte wohl für andre Gegner der von uns vertretenen Theorie, wie Gierke und Jakubetzky, gelten.

[15]) Zu vgl. S. 44—45.

[16]) vgl. hierzu den oben § 4 Anm. 28 zitierten Aufsatz von Breit.

bürgerl. Rechts entspricht und daß auch von diesen im allgemeinen die getroffene Ordnung vollkommen gebilligt wird.[17])

B. Besonderer Teil.

§ 6.

Die Erfordernisse der Auslobung.

Wir gedenken nunmehr in einem besonderen Teile die Regelung der Auslobung im Bürgerlichen Gesetzbuch im einzelnen noch eingehend zu betrachten und nehmen hierbei den Ausgang von der bereits oben im § 1 festgestellten Begriffsbestimmung. Wie wir dort schon erwähnten, definiert § 657 die Auslobung als

> die im Wege öffentlicher Bekanntmachung erfolgende Aussetzung einer Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges,

und damit sind die wesentlichen Begriffsmerkmale vollständig und richtig hervorgehoben. Trotzdem möchten wir dieser Definition jetzt unter Zugrundelegung der Ergebnisse unserer Untersuchung eine etwas geänderte Fassung geben und bezeichnen demgemäß die Auslobung als die

> öffentlich bekannt gemachte einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, laut deren der Auslobende verspricht, demjenigen zur Gewährung einer Belohnung verpflichtet sein zu wollen, der eine bestimmte Leistung erbringt.

---

[17]) Wir verweisen auf folgende Werke: Cosack, Lehrb. des BGB. I S. 305 u. 560; Matthiaß, desgl. I S. 383 u. 663; Endemann, desgl. I S. 799; Dernburg, Das bürg. R. des Deutsch. Reichs und Preußens II S. 477, derselbe Pand. II S. 24; v. Buchka, Vergleichende Darstellung des gemein. und des Rechts des BGB. S. 138; Windscheid-Kipp, Pand. II S. 221 Anm.; Planck, Komm. zum BGB. II S. 401; Oertmann, Komm. des Rechts der Schuldverhältnisse S. 385 Vorbem. 1; Fischer-Henle, BGB. Handausgabe Anm. zu § 657; Kuhlenbeck, BGB. Handausgabe Anm. zu § 657; Neumann, BGB. Handausgabe I Anm. 1 zu § 657.

Hieraus leiten wir aber folgende Erfordernisse der Auslobung ab:

Sie muß

1. eine einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung sein,
2. öffentlich abgegeben werden,
3. die Zusage einer Belohnung enthalten, und
4. diese Zusage muß bedingt sein durch das Erfordernis der Erbringung einer Leistung.

Diese vier Erfordernisse wollen wir zunächst einer genauen Untersuchung unterziehen:

1. Aus dem ersten Erfordernisse, daß die Auslobung eine einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung sein muß, folgt ohne weiteres, daß sie einen benannten Empfänger schlechterdings nicht haben darf. Die an eine bestimmte Adresse gerichtete Zusage einer Belohnung für Vornahme einer Handlung ist, auch wenn sie öffentlich geschieht, niemals Auslobung.[1])

Weiter folgt aber aus ihm, daß die Auslobung, da sie Willenserklärung ist, allen für solche geltenden Erfordernissen, wie sie insbesondere in den §§ 116 f., aber auch anderwärts im allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches aufgestellt sind, entsprechen muß. Wir können hier die Voraussetzungen einer rechtsgültigen Willenserklärung natürlich nicht vollständig anführen, und es wird genügen, wenn wir hierfür auf das Gesetz verweisen, trotzdem wollen wir einige wichtige Punkte, insbesondere solche, die zu widersprechender Beurteilung Anlaß geboten haben, unter Bezugnahme auf die Auslobung hervorheben.

Dabei erscheint uns zunächst der Erwähnung wert, daß eine gültige Auslobung gemäß § 105[2]) in der Regel nur ausgehen kann von einer vollständig geschäftsfähigen Person, ausnahmsweise aber von einer beschränkt geschäftsfähigen dann, wenn deren gesetzlicher Vertreter vorher in sie eingewilligt hat (§ 107). Nachträgliche Genehmigung des letzteren ist bei der

---

[1]) So auch Dernburg, Bürgerl. Recht II S. 476; Oertel a. a. O. S. 56; Fischer a. a. O. S. 37. Ob solch eine Erklärung Offerte sein kann, ist unter Berücksichtigung der Umstände des Falles dem Willen des Erklärenden zu entnehmen.

[2]) Paragraphen ohne nähere Bezeichnung sind solche des BGB.

Auslobung, da diese ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, ausgeschlossen, die ohne Einwilligung erklärte Auslobung ist von Anfang an nichtig[3]) (§ 111).

Selbstverständlich darf die Auslobung, um als gültige Willenserklärung zu erscheinen, nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen (§§ 134 u. 138), wir kommen hierauf bei Besprechung des 4. Erfordernisses zurück.

Hier möchten wir nur noch auf ein Erfordernis jeder rechtsgültigen Willenserklärung ausführlicher eingehen, nämlich auf das der Ernstlichkeit. Schon Windscheid[4]) hatte für das gemeine Recht hervorgehoben, daß die Auslobung dann nichtig sei, wenn in ihr erkennbar hervortrete, daß ihr ein wirklicher Verpflichtungswille nicht zugrunde liege, hatte aber hinzugefügt, „daß dieser Satz im Prinzip ebenso feststehend, wie seine Anwendung im einzelnen Falle schwierig sei". In der Tat hat denn auch die Frage der Ernstlichkeit der Auslobung im gemeinen Rechte eine recht verschiedenartige Beurteilung gefunden, insbesondere hat man sich aber darüber nicht zu einigen vermocht, wann eine Auslobung als nicht ernst angesehen werden müßte. Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in dieser Beziehung im § 118, daß eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung dann nichtig sei, wenn sie in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden. Auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist also diese Frage nach den Umständen des Falles zu entscheiden, und dabei sind Schwierigkeiten nicht zu vermeiden.[5])

Wir möchten bei dieser Frage um deswillen etwas länger verweilen, weil gewöhnlich auf den Mangel an Ernstlichkeit zurückgegangen wird, um die Auslobung von gewissen markt-

---

[3]) Vom Standpunkte der Vertragstheorie aus würden §§ 108, 109 Anwendung finden, so daß in diesem Falle der Mangel der Einwilligung durch Genehmigung geheilt werden könnte!

[4]) Windscheid-Kipp, Pand. II S. 240.

[5]) Den Scherzenden trifft die Beweislast dafür, daß er in der im § 118 erwähnten Erwartung seine Erklärung abgegeben hat, die Erwartung muß durch die Umstände „objektiv gerechtfertigt" sein. Zu vgl. Endemann, BGB. I S. 297, 1 a.

schreierischen Reklamen, die rechtliche Anerkennung nicht verdienen, abzugrenzen, dann aber auch, weil die hier zu erörternden Fragen zum Teil von Bedeutung gewesen sind in dem für unsere Lehre interessanten Prozesse Hoensbroech-Dasbach, auf den wir in einem Exkurse zu diesem Paragraphen eingehen werden.

In der Regel wird man eine nicht ernst gemeinte Auslobung, bei der der Auslobende erwartet, niemand werde sie für ernst halten und etwa die scheinbar verlangte Handlung vornehmen, an dem Wortlaute der Erklärung, oft auch an den Umständen, unter denen sie geschah, erkennen. So wird es niemandem einfallen, folgende Schein-Auslobungen für ernst zu halten:

„1000 Mk. demjenigen, der nach Gebrauch meines Haarbalsams noch ein einziges Haar verliert“ oder:

„500 Mk. zahle ich dem, der Pferdedressuren in gleicher Vollkommenheit schon gesehen hat.“

Ebensowenig aber wird sich jemand im Ernste bestimmen lassen, den Versuch zum Erwerbe der versprochenen Belohnung zu machen, wenn ein armseliger Athlet auf dem Jahrmarkte jedem eine gewaltige Summe zu zahlen verspricht, der ihn zu werfen vermöchte.

Derartige Belohnungszusagen sind an ihrer unbestimmten Fassung (so in den ersten beiden Fällen) oder an den Umständen, unter denen sie geschehen (so im dritten Falle), leicht als nicht ernst gemeint zu erkennen, und deutlich tritt ihr einziger Zweck zutage, auf die Person oder die Erzeugnisse des Erklärenden in wirkungsvoller Form aufmerksam zu machen. „Hier gilt es ausposaunen, an die große Glocke schlagen, damit es weit gehört werde; da gilt es durch enorme Zahlen, riesenhafte Lettern die Augen des Publikums auf Namen und Geschäft hinzulenken, um aller Konkurrenz den Todesstoß zu geben.“ [6]) Oft aber wird natürlich der Mangel der Ernstlichkeit nicht so klar zutage

---

[6]) So Schütze, Die Ausl., in Bekkers u. Muthers Jahrb. V, 47. Die im Texte vertretene Meinung bezüglich der Reklame-Auslobung teilen: Crome a. a. O. S. 524; Dernburg, Bürg. Recht II S. 477; Planck, Kom. II, Vorbem. III, 1 a zu Tit. 9 S. 403. — A. M. Kuntze in Holzschuher, Theorie u. Kasuistik des gemein. Zivilr. III (1857) S. 301; Hofmann, Entstehungsgründe der Oblig. S. 42.

liegen, und es sind deshalb eine Reihe weiterer Umstände angeführt worden, aus denen dieser Mangel zu erkennen sein soll.

Ein wichtiges Indiz kann zweifellos das Mißverhältnis zwischen Belohnung und geforderter Leistung insbesondere dann bilden, wenn die letztere weder für den Auslobenden noch für die Allgemeinheit irgend welches Interesse bietet. Ein Beispiel hierfür erwähnt Dernburg, Pand. II S. 23 Anm. 10, wonach ein Gast in einer Wirtschaft unter Betonung, daß es ihm ernst sei, dem 100 Mk. verspricht, der sein Glas Bier am schnellsten leeren würde. In solchem Falle wird sich jeder nur einigermaßen Erfahrene trotz der Betonung der Ernstlichkeit sagen, daß ein schlechter Scherz vorliegt, zu dessen Erhöhung die Versicherung der Ernstlichkeit erfolgt sei. Denn auch bei der vorerwähnten marktschreierischen Reklame wird sich niemand über deren wahren Wert täuschen lassen, wenn sie äußerlich den Schein der Ernstlichkeit zu wahren bemüht ist. Erhöht es ja selbstverständich deren Wirkung sehr, wenn sie nicht auf den ersten Blick schon als Mystifikation erkannt und womöglich ungelesen beiseite gelegt wird.

Keineswegs aber genügt der Umstand, daß der Auslobende an der provozierten Handlung kein Interesse hat, für sich allein schon, um deswegen auf Nichternstlichkeit der Erklärung zu schließen, und ebensowenig darf dieser Schluß daraus gezogen werden, daß die geforderte Leistung gar gegen das Interesse des Auslobenden zu verstoßen scheint. Denn daß der Auslobende an der vorzunehmenden Handlung ein eigenes Interesse haben müßte, geht aus keiner Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches hervor, wohl aber ist in den Motiven ausdrücklich hervorgehoben worden, daß das mannigfachste Interesse an dieser Handlung bestehen und genügen könnte. Zudem dürfte wohl in jedem Falle daraus, daß der Auslobende überhaupt eine Auslobung in bezug auf die Handlung erläßt, zu ersehen sein, daß er an deren Erbringung Interesse nimmt.

Wir können selbst in solchen Fällen, wo die vorzunehmende Handlung gegen ein Interesse des Auslobenden verstößt, oft nachweisen, daß sie in anderer Beziehung sein Interesse zu fördern geeignet ist. Denn die Interessen, die wir an gewissen

Ereignissen haben, können recht mannigfaltig sein, und ein und derselbe Umstand kann einen Teil derselben fördern, dem anderen Nachteile bringen. Ein sehr passendes Beispiel hierfür bildet der von Fischer (S. 34) erwähnte Fall, inhalts dessen der Herausgeber der Vegaschen stereotypierten Logarithmentafeln für jeden Nachweis eines Fehlers in diesen eine Belohnung zu zahlen versprochen hatte. Zweifellos hatte dieser Herausgeber ein wohlverständliches Interesse daran, daß kein Fehler gefunden wurde, ebensosehr mußte ihm aber daran gelegen sein, daß Fehler, die gerade in einem solchen Zahlenwerke unvermeidlich sind, ihm nachgewiesen würden. Das eine Interesse wurde hier also doch durch die Handlung, die dem anderen zuwiderlief, gefördert.

Mehrere hervorragende Rechtslehrer haben nun im gemeinen Rechte die Ansicht vertreten, daß Belohnungszusagen für eine Handlung, die für den Versprechenden nicht von Nutzen, ja von Schaden zu sein schiene, nicht unter den Begriff der Auslobung subsumiert werden dürfte. Vor allen hat Regelsberger[7]) die Behauptung aufgestellt, daß eine solche Zusage in Wirklichkeit ein Wettangebot und der auf Grund ihrer zustandekommende Vertrag eine eigenartige, nämlich „halbe“ Wette sei,[8]) die rechtliche Anerkennung nicht beanspruchen könnte. Andererseits hat Jhering[9]) derartige Fälle für „Popularwetten“ erklärt, denen er allerdings die Klagbarkeit zuspricht. Schon die herrschende Lehre des gemeinen Rechtes ist dieser Verquickung von Wette und Auslobung entgegengetreten insbesondere mit dem Hinweise darauf, daß der ersteren essentiell ein gegenseitiges Wagen von Einsätzen sei, woran es hier ermangele.[10]) Auch wurde von ihr schon hervorgehoben, daß ein eigenes Interesse des Auslobenden an Vornahme der Handlung nicht bestehen müßte, daß vielmehr auch ein solches der Allgemeinheit genügen

---

[7]) In seinen Zivilrechtl. Erörterungen I S. 206.

[8]) Crome neigt seiner Ansicht auch unter der Herrschaft des geltenden Rechtes noch zu; vgl. S. 524 Anm. 19.

[9]) In seinem Jahrb. IV S. 100; zu vgl. Oertel S. 50.

[10]) Zu vgl. Oertel a. a. O. S. 52; s. a. Fischer S. 33 Anm. 2.

könnte, ja daß selbst solche Handlungen verlangt werden dürften, die wider das Interesse des Auslobenden liefen.[11])

Nach geltendem Rechte schließt u. E. schon die einseitige Natur der Auslobung es aus, sie in Fällen angeblich mangelnden Interesses für ein Wettangebot zu erklären.[12]) Trotzdem ist die entgegengesetzte Meinung aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu begründen versucht worden, und zwar in dem Urteile des Landgerichts Trier in Sachen Hoensbroech gegen Dasbach

Wir sagten schon oben, daß wir auf diesen Prozeß näher einzugehen gedächten und glauben dies deshalb tun zu müssen, weil sich an den genannten Rechtsfall eine Reihe interessanter Aufsätze angeschlossen hat, die nicht nur für die vorliegende Frage, sondern auch für die Beurteilung der Auslobung im allgemeinen von Wert sind.[13])

Wennschon wir die Geschichte des Prozesses als bekannt voraussetzen, möchten wir die Hauptpunkte aus ihr hervorheben und führen hierzu folgendes an:

In einer öffentlichen Volksversammlung zu Rixdorf hatte der Reichstagsabgeordnete Dasbach demjenigen einen Preis von 2000 Gulden zugesichert, der aus den Werken irgend eines jesuitischen Schriftstellers den Nachweis zu erbringen vermöchte, daß die Jesuiten den ihnen so oft nachgesagten Grundsatz: „Der Zweck heiligt das Mittel“ jemals aufgestellt und gelehrt hätten. Der Abgeordnete Graf Hoensbroech glaubte den geforderten Nachweis geführt zu haben und forderte von Dasbach die versprochene Belohnung. Da dieser die Zahlung verweigerte,

---

[11]) Windscheid-Kipp, Pand. II S. 240; Oertel a. a. O. S. 50; vgl. auch ALR. I § 988.

[12]) Mot. II S. 520; Planck, Komm. z. BGB. Anm. 2 zu § 657; Oertmann, Schuldverh. Vorbem. 2 S. 385.

[13]) Wir verweisen auf folgende Aufsätze: Winkler, Der Rechtsfall Hoensbroech-Dasbach, in der Zeitschr. Das Recht 1904 S. 355 f.; Köttgen, Zum Rechtsfall Hoensbroech-Dasbach, im Recht 1904 S. 380; Heinsheimer, Zum Begriff Auslobung, in der DJZ. 1904 S. 623 f.; Kohler, Zwölf Studien, VIII: Auslobung und Wette, im Arch. für bürgerl. Recht 25, 1—10; Hamm, Der Prozeß Hoensbroech-Dasbach, in der DJZ. X S. 392; Francke, Wette, Schenkungsversprechen, Werkvertrag und Auslobung, in Hirths Ann. 1904 S. 553—555.

kam es zum Prozeß, und in diesem stützte Dasbach sein Abweisungsbegehren nur darauf, daß dem Kläger der geforderte Nachweis nicht gelungen sei. Er gab also die Klagbegründung insoweit zu, daß er mit seiner Erklärung eine Auslobung bezweckt und daß er diese in ernstlicher Verpflichtungsabsicht geäußert habe.

Das Landgericht Trier wies die Klage ab mit folgender Begründung: „Es . . . ergab sich ohne weiteres aus der allbekannten politischen und religiösen Stellung des Verklagten, daß dieser kein Interesse daran hat und es durchaus nicht in seinen Wünschen liegt, daß festgestellt werde, in den Schriften der Jesuiten finde sich nachweislich der mehrerwähnte Grundsatz, sondern im Gegenteil, daß er ein Interesse daran hat, daß diese Feststellung nicht getroffen wird, ja nicht zu treffen ist. . . .“ (Der Beklagte habe danach die geforderte Handlung nicht gewollt, noch weniger aber sie belohnen wollen, vielmehr habe er nur erklärt, daß diese Handlung nicht vorgenommen werden könnte und daß er 2000 Gulden demgegenüber wage, der sich erbiete, den Nachweis doch zu führen.) „In dieser Erklärung aber sind die begrifflichen Merkmale nicht der Auslobung, sondern der Wette enthalten, wenn auch einer eigenartigen . . . der Allgemeinheit gegenüber ausgesprochenen und zudem einseitigen. . . . Der Wette aber versagt das Recht (§ 762 BGB.) die Klagbarkeit. . . .“

Auf Berufung Hoensbroechs hin gelangte das Oberlandesgericht Köln zwar gleichfalls zur Abweisung der Klage, stützte diese aber lediglich darauf, daß dem Kläger der geforderte Nachweis so, wie verlangt, nicht gelungen sei. Den rechtlichen Ausführungen der ersten Instanz tritt das Oberlandesgerichtsurteil entgegen, es lehnt also die Ansicht, daß eine Wette vorläge, ausdrücklich ab.

Die beiden Urteile sind, insbesondere in den juristischen Zeitschriften, ausführlich erörtert und verschiedenartig beurteilt worden. Wir haben in Anm. 13 (oben S. 65) eine Anzahl auf sie bezüglicher Aufsätze angeführt, von denen der an erster Stelle genannte sich gegen das Triersche Urteil wendet. Sein Verfasser vertritt die Auffassung, daß eine Wette notwendig

unwirtschaftlich sei, während bei der Auslobung Dasbachs eine wissenschaftliche Arbeitsleistung erstrebt werde. Im Gegensatze dazu hat der Verfasser des zweiten Aufsatzes, Köttgen, die Auffassung der Trierschen Richter verteidigt, ohne besondere neue Gründe zu deren Rechtfertigung anzuführen. Heinsheimer und Kohler gelangen wie Winkler zur Ablehnung der Meinung der ersten Instanz, doch glauben sie, daß nicht eine gewöhnliche Auslobung, sondern ein Preisausschreiben im Sinne von § 661 vorläge.[14]) Von besonderem Interesse sind hierbei die Ausführungen Kohlers, aus denen mit besonderer Deutlichkeit hervorgeht, daß nur bei Verkennung der einseitigen Natur der Auslobung deren Verwechselung mit einem Wettangebot möglich ist. Kohler hält die Auslobung für eine „besonders gestaltete Vertragsform", die an sich ebensowohl unter die Wette wie unter den Arbeitsvertrag subsumiert werden könnte. Da aber das Ziel derselben eine Werkleistung bilde, sei sie dem Arbeitsvertrag zu unterstellen. „Wo kein Werkvertrag, da keine Auslobung." Da aber auch im Falle H.-D. eine Werkleistung verlangt werde, liege eine Auslobung und speziell ein Preisausschreiben vor.

Gegen Kohler, insbesondere gegen die Identifizierung der Auslobung mit dem Werkvertrag hat sich eingehend die Begründung des Kölner Urteils gewendet, und seinen Ausführungen in dieser Richtung stimmt Hamm[15]) im allgemeinen zu. Trotzdem tritt auch dieser schließlich für die Ansicht der Trierschen Richter ein, weil Dasbach durch die Preisaussetzung nur die Gewißheit seiner Überzeugung darüber habe dokumentieren wollen, daß niemand den geforderten Nachweis werde erbringen können. Hamm hat das Oberlandesgerichtsurteil auch noch um deswillen angegriffen, weil es Wette schon aus dem Grunde ausschließt, „weil beide Parteien übereinstimmend auf das bestimmteste erklärt haben, daß sie nicht wetten wollten".

---

[14]) Heinsheimer und Kohler meinen, daß es nur des Nachweises bedurft hätte, daß die Jesuiten mittelbar den genannten Grundsatz aufstellten. Dieser Nachweis sei aber relativ, d. h. mehr oder minder gut zu erbringen gewesen.

[15]) In seinem in Anm. 13 angeführten Aufsatze.

Wir treten dagegen der Auffassung des Kölner Urteils in rechtlicher Beziehung vollkommen bei und meinen, daß allerdings Dasbachs Erklärung, daß er nicht ein Wettangebot erlassen habe, ausschlaggebend ist. Wir sehen nicht ein, warum diesem gegen seinen erklärten Willen eine andre Absicht untergeschoben werden müßte. Ging aber sein Wille auf Erlaß einer Auslobung, dann ist diese, da er deren Ernstlichkeit zugegeben hat, auch vollkommen und als solche verbindlich, selbst wenn dem Auslobenden nichts an Erbringung der geforderten Leistung hätte gelegen sein können. Ein Preisausschreiben konnte in der betreffenden Erklärung aber schon um deswillen nicht erblickt werden, weil es an dem essentiellen Erfordernisse derselben, „Bestimmung einer Bewerbungsfrist", fehlt, und weil es offenbar in Dasbachs Absicht lag, denjenigen zu belohnen, der irgendwie, wenn nur überhaupt, den verlangten Nachweis führte.

Wir kehren jetzt nochmals kurz zur Besprechung des ersten Erfordernisses der Auslobung zurück und möchten hier nur noch hervorheben, daß auch die Vorschriften der §§ 119—124 über Willensmängel und 142—144 über die Anfechtung der Erklärung wegen solcher auf die Auslobung Anwendung finden können. Wegen der Schwierigkeit, die sich hier in bezug auf den Anfechtungsgegner ergeben kann, verweisen wir auf das im § 4 [16]) Ausgeführte.

2. Als zweites Erfordernis der Auslobung bezeichnen wir deren öffentliche Bekanntgabe. „Ohne Publizität keine Auslobung" (Mot.). Deshalb sind Belohnungszusagen in Privatzirkeln keine Auslobungen und können nur, wenn dies dem Willen des Zusagenden entspricht, als Schenkungsofferten unter einer Auflage oder auch als Werk- oder Dienstvertragsanträge angesehen werden (§ 140 BGB.).[17]) Daß der Begriff der Öffentlichkeit nicht ein für allemal festgestellt werden könne, erwähnten wir bereits oben.[18]) Die hierzu ergangenen Urteile erklären eine Bekanntmachung dann für eine öffentliche, wenn

[16]) oben S. 48fg.

[17]) Zu vgl. Oertel a. a. O. S. 55; Schmidt, Vorlesungen über sächs. PrivR. I S. 376.

[18]) S. 55fg.

sie unbestimmt von welchen und wie vielen Personen wahrgenommen werden sollte und konnte.[19]) Deshalb ist eine Erklärung selbst dann keine öffentliche, wenn sie — nur für einzelne bestimmte Personen abgegeben — ohne Wissen des Erklärenden von einer größeren Anzahl anderer mit angehört wurde.

In aller Regel werden heutzutage Auslobungen durch die Zeitungen oder durch Anschläge veröffentlicht werden, doch kommen auch nicht selten Auslobungen vor Versammlungen oder vor einer zufällig vereinigten Menschenmenge vor. In den letzteren Fällen kann die Entscheidung Schwierigkeiten bereiten, ob eine bestimmte Versammlung eine öffentliche, ob also die vor ihr abgegebene Belohnungszusage eine Auslobung sei oder nicht. Das Reichsgericht[20]) hat sich hierzu dahin geäußert, daß in Betracht kommen müßte ein größerer nicht scharf abgegrenzter Personenkreis, in dem die einzelnen Individuen nicht durch persönliche Beziehungen zusammengehalten würden, und daß es nicht ausgeschlossen wäre, daß die sämtlichen Individuen demselben durch Beruf und Interessen begrenzten Personenkreis angehörten, wenn die so begründeten Beziehungen nicht solche wären, daß die Beteiligten dadurch in näherer Verbindung ständen. Nach dieser Auslegung können Erklärungen in den Versammlungen großer wirtschaftlicher oder politischer Verbände unbedenklich als öffentliche, zutreffendenfalles also auch in ihnen publizierte Versprechen als Auslobungen angesehen werden, da hier der Zusammenhalt zwischen den einzelnen Mitgliedern sehr lose und nur rein äußerlich ist, so daß, wie Fischer[21]) treffend bemerkt, „der einzelne von den anderen nur eine gleichsam generische Vorstellung hat". Auch Fabrikarbeiterversammlungen können hiernach, selbst wenn nur Arbeitnehmer ein und derselben Fabrik zugegen sind, als öffentliche gelten.[22])

---

[19]) Matthiaß, Lehrb. des BGB. I S. 663.

[20]) Zu vgl. Entsch. des RG. in Strafs. 21, 254; 22, 241; 31, 413; 9, 143 (Menschenmenge betr.).

[21]) a. a. O. S. 38.

[22]) vgl. hierzu die Ausführungen bei Fischer S. 26.

3. Die Auslobung muß weiter die Zusage einer Belohnung enthalten. Hier herrscht Streit, ob die Belohnung notwendig in einer geldeswerten Leistung bestehen müßte oder ob irgend welches Interesse des Empfängers ausreichte. Die erste Meinung vertreten unter anderen Regelsberger,[23]) Dernburg[24]) und Endemann,[25]) während das Gegenteil von Exner,[26]) Windscheid[27]) und Oertel[28]) gelehrt wird. Wir schließen uns der letztgenannten Meinung an und halten deshalb jede Belohnungszusage für ausreichend, in der eine Leistung versprochen wird, die für ihren Empfänger von irgend welchem Interesse sein kann.[29])

Selbstverständlich darf die zugesicherte Belohnung nicht in einer unzulässigen Leistung bestehen, da sonst die gesamte Auslobung nichtig ist. Unzulässige Leistungen aber sind solche, die unsittlich oder gesetzlich verboten sind, und solche, die zwar selbst nicht unsittlich sind, deren Versprechenlassen aber gegen die guten Sitten verstößt.[29a]) Deshalb ist eine Auslobung nichtig, in der versprochen wird, die leistende Person zu heiraten oder an Kindes Statt anzunehmen, da es gegen die guten Sitten verstößt, wenn etwas rechtsgeschäftlich versprochen und damit dem Rechtszwange unterstellt werden soll, was nach den Geboten des Anstands und der Sittlichkeit nur auf Grund vollkommen freien Entschlusses vorgenommen oder unterlassen werden darf.

Die Belohnung kann auch in einer erst später zu bestimmenden Leistung bestehen, doch muß in der Auslobung für die zu treffende Bestimmung ein genügender Anhalt gegeben sein.

---

[23]) Zivilrechtl. Erörterungen S. 201.

[24]) Bürgerl. Recht II, 2 S. 476: „Geld oder geldwerte Vorteile."

[25]) Lehrb. des BGB. I S. 798: „Geldpreis oder Vermögenswert irgend welcher Art."

[26]) a. a. O. S. 340.

[27]) Pand. 6. Aufl. II § 250, 3 S. 4.

[28]) a. a. O. S. 58.

[29]) Beispiele von Belohnungen ohne Vermögenswert bilden u. a. die bei Fahrradrennen üblichen Titelverleihungen (Meisterschaftsfahrer von Europa, Weltmeisterschaftsfahrer u. dgl.).

[29a]) vgl. Cosack, Lehrb. des BGB. I S. 356.

Nichtig ist die Zusage, „ich zahle jede geforderte Summe", da sie den Schuldner vollkommen dem freien Belieben des Gläubigers unterwerfen würde, und dies wird mit Recht als ein Verstoß gegen die guten Sitten angesehen.[30]) Soll die Höhe der Belohnung durch einen Dritten festgesetzt werden, dann gelten hierfür die §§ 318 und 319 analog,[31]) die erforderliche Erklärung kann dem Auslobenden oder dem Leistenden gegenüber abgegeben werden. Ebenso gilt die Analogie von § 315, wenn sich der Auslobende selbst die Fixierung der zugesagten „angemessenen" oder „hohen" Belohnung vorbehalten hat, die Bestimmung ist deshalb nach billigem Ermessen zu treffen.

Für die Frage nach der Haftung des Auslobenden für die übernommene Verbindlichkeit gilt, daß diese verschieden ist, je nach dem Charakter der Auslobung im einzelnen Falle. Liegt z. B. die geforderte Leistung im öffentlichen Interesse, so daß dem Auslobenden ein unmittelbarer Nutzen aus ihr nicht erwächst, dann steht die Auslobung der Schenkung nahe und die für diese geltenden Haftungsgrundsätze haben zu gelten. (§ 521. Die Haftung ist auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.) Dagegen gilt die allgemeine Bestimmung des § 276 dann, wenn der Auslobende ausschließlich oder in erster Linie aus der erbrachten Leistung Nutzen zieht. Für die Mängelhaftung gelten dementsprechend im ersten Falle die §§ 523, 524, sonst die §§ 445 oder 493.[32])

Vereitelt der Auslobende vorsätzlich die Erbringung der geforderten Leistung, dann ist die Entstehung einer Verbindlichkeit aus der Auslobung endgültig unmöglich, der § 162 kann hier keine Anwendung finden.[33])

---

[30]) § 315 kann hier nichts nützen, da die Fassung des Belohnungsversprechens auch für die Entscheidung nach billigem Ermessen keinen genügenden Anhalt bietet.

[31]) § 343 des 1. Entwurfs bestimmte ausdrücklich, daß die Vorschriften über Schuldverhältnisse aus Verträgen auf solche aus einseitigem Versprechen, soweit möglich, analog anzuwenden seien. Die II. Kommission strich den genannten Paragraphen als selbstverständlich.

[32]) So Fischer a. a. O. S. 51; Planck, Komm. II Vorbem. III, 2 zu Tit. 9 S. 403.

[33]) Schadensersatzansprüche auf Grund der §§ 823 f. können im ein-

Nach den Umständen des einzelnen Falles ist zu beurteilen, ob der Finder einer verlorenen Sache neben einer ausgelobten Belohnung das gesetzliche Fundgeld beanspruchen kann. Im Zweifel dürfte es dem Willen des Auslobenden entsprechen, daß die ausgelobte Belohnung, wenn sie größer ist als das Fundgeld, dieses mit umfaßt.

4. An letzter Stelle erwähnten wir oben, daß die zugesicherte Belohnung bedingt sein müsse durch das Erfordernis der Erbringung einer Leistung. „Eine unbedingte Zusage, auch wenn sie öffentlich abgegeben wurde, kann daher unter dem Gesichtspunkte der Auslobung rechtliche Wirksamkeit nicht in Anspruch nehmen.“ [34]) Als Leistungen können alle diejenigen gefordert werden, die auch sonst den Gegenstand von Rechtsgeschäften zu bilden vermögen, insbesondere ist auch eine Einschränkung der Auslobung auf bestimmte Fälle mit Recht vermieden worden.[35]) Daß im übrigen die Handlung nicht dem Interesse des Auslobenden zu entsprechen braucht, stellten wir oben unter 1 schon fest. Dort erwähnten wir auch bereits, daß die verlangte Leistung zulässig sein muß. es gilt in dieser Beziehung das gleiche wie von der Belohnung. Selbstverständlich muß auch die geforderte Leistung genügend bestimmt sein, woran es fehlt, wenn der Auslobende „die größte Tat des laufenden Jahres“ zu belohnen verspricht o. dgl. Zu betonen ist, daß die Entstehung der Verbindlichkeit abhängig sein muß von Erbringung einer Leistung, nach § 657 von „Vornahme einer Handlung, insbesondere Herbeiführung eines Erfolges“. Es genügt also nicht, die Belohnungsgewährung vom Eintritt eines Ereignisses oder dem Vorhandensein einer gegebenen Tatsache abhängig zu machen,[36]) was an sich schon aus dem Begriffe Belohnung folgt,

---

zelnen Falle begründet sein. Zustimmend Planck II S. 403; a. M. Oertel S. 57.

[34]) Oertel a. a. O. S. 59.

[35]) Eine dem ALR. analoge Einschränkung der rechtlich anzuerkennenden Auslobungsfälle empfahl Hartmann in seinem „Gutachten aus dem Anwaltsstande; vergl. Zusammenstellung gutachtl. Äußerungen“ II S. 326.

[36]) vgl. Oertmann, Recht der Schuldverh. S. 387; Planck II S. 403.

da diese ja eine zu belohnende Tätigkeit voraussetzt. Äußert jemand öffentlich, er wolle 1000 Mk. den Armen geben, wenn der Grundsatz „der Zweck heiligt das Mittel" jemals von einem Jesuiten gelehrt worden sei, dann liegt keine Auslobung vor, denn ob dies geschehen ist oder nicht, ist eine unabänderliche Tatsache. Verspricht er die 1000 Mk. aber dem, der den Nachweis dafür zu führen vermöchte, so handelt es sich um eine Auslobung, selbst wenn der geforderte Nachweis schon geführt wäre. Aus dem gleichen Grunde sind Schönheitskonkurrenzen nicht als Auslobungen anzusehen[37]), da auch hier ein tatsächlicher Zustand, der nicht das Resultat bestimmter Tätigkeit ist, mit einem Preise bedacht werden soll. Denn die Schönheit ist ein durch die Natur geschaffener Zustand und nur zuweilen in gewissem Maße das Ergebnis besonderer „Schönheitspflege". Anders verhält sich dies mit Prämiierungen aus Anlaß von Hunde- und sonstigen Tierausstellungen, da hier hervorragende Zuchtresultate, also ein durch Tätigkeit bedingter Erfolg belohnt zu werden pflegt.

Daß die geforderte Leistung nicht unmöglich sein darf, ist selbstverständlich, spielt aber deshalb keine Rolle, weil dann die Entstehung eines Schuldverhältnisses aus der Auslobung ausgeschlossen ist.

Auslegungsfrage ist, ob im einzelnen Falle eine bereits vor Publikation der Auslobung perfekte Leistung den Anspruch auf die Belohnung begründet. Im Zweifel wird dies zu bejahen sein, das Schuldverhältnis entsteht dann ausnahmsweise bereits mit Perfektion der Auslobungserklärung. Hiermit hängt zusammen, daß die verlangte Leistung im Zweifel nicht mit Rücksicht auf die Auslobung erbracht zu sein braucht, dem Auslobenden steht es aber selbstverständlich frei, Entgegengesetztes zu bestimmen.[38])

---

[37]) Die meisten betrachten diese deshalb als unverbindlich, weil sie auf einem Gebiete lägen, das der Rechtsordnung nicht unterstände. Endemann I S. 798 Anm. 4; Fischer a. a. O. S. 59.

[38]) Der 1. Entwurf hob dies ausdrücklich hervor, die 2. Kommission hat die selbstverständliche Bestimmung gestrichen. Zu vergl. Mot. II S. 520; Dernburg, Bürg. Recht II 2 S. 477.

Da die Vornahme der verlangten Handlung im Sinne der Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts lediglich etwas Tatsächliches und keine auf Rechtsbegründung gerichtete Willenserklärung ist, so spielt die Geschäftsfähigkeit des Handelnden keine Rolle. Auch Kinder und Geisteskranke können deshalb den Anspruch auf die Belohnung erwerben.[39])

Frage der Auslegung ist es, ob die geforderte Leistung ein- oder mehrmals belohnt werden soll. Das letztere ist z. B. der Fall, wenn für die Vertilgung von schädlichen Tieren eine Prämie zugesichert wird, denn hier ist der Zweck der Zusage, möglichst viele gleichartige Handlungen zu veranlassen.[40])

Am Schlusse dieses Paragraphen erwähnen wir noch, daß in früheren Bearbeitungen unserer Materie es häufig unternommen worden ist, die Auslobungen zu bestimmten Gruppen zu vereinigen und danach einzelne Arten der Auslobung zu unterscheiden.[41]) Wir halten dies praktisch für wertlos, da die rechtliche Beurteilung für alle diese Gruppen die nämliche ist. Auch das Preisausschreiben ist lediglich ein Sonderfall der Auslobung im allgemeinen, für welchen neben den allgemeinen Bestimmungen einige spezielle Vorschriften gelten.[42])

---

[39]) Vom Standpunkte der Vertragstheorie aus wäre dies wesentlich anders, da die Vornahme der Handlung unter Umständen Annahmehandlung deshalb Willenserklärung ist.

[40]) vgl. Planck, Komm. II § 659, 1a.

[41]) Schütze unterscheidet: wirkliche = rechtsverbindliche und scheinbare = unverbindliche Auslobungen, a. a. O. S. 70 f.

Kuntze teilt ein in: 1. Auslobungen im engeren Sinne, 2. Preisausschreiben, 3. Angelöbnisse eines Wertes für den Fall erwiesener Unwahrheit eines öffentlichen dictum et promissum. Lichtenstein, Die Auslobung, Diss. 1893, führt gleichfalls 3 Arten an: 1. solche, die der Förderung öffentlicher oder gemeinnütziger, 2. solche, die der Förderung privater Interessen dienen, und 3. solche, die dazu bestimmt sind, gewisse Kreise zu einer Tätigkeit anzuspornen. Zu vergl. Brummund a. a. O. S. 30; Oertel a. a. O. S. 30.

[42]) A. M. Kuntze, vgl. die vorige Anm., der das Preisausschreiben für etwas besonderes neben der Auslobung hält (l. c. S. 300). Wir kommen hierauf im § 10 zurück.

§ 7.

Die mehrmalige Vornahme der geforderten Handlung.

Bei Besprechung des vierten Erfordernisses der Auslobung hoben wir hervor, daß es Frage der Auslegung der Auslobungserklärung sei, ob nur die einmalige Vollendung der Handlung den Anspruch auf die Belohnung begründen oder ob dies mehrmals oder beliebig oft geschehen solle. Meist wird ja aus der Natur der verlangten Leistung hervorgehen, daß nur an einmalige Belohnung gedacht ist, weil entweder die Leistung nur einmal erbracht werden oder diese nur einmal für den Auslobenden von Wert sein kann,[1]) doch sind zweifelhafte Fälle denkbar. Für diese aber ergibt sich aus der Vorschrift des § 659, daß wenn anderes aus der Auslobung nicht hervorgeht, die Belohnung nur einmal, und zwar durch die erstmalige Erbringung der Handlung verdient wird — prior tempore potior jure.

Der Auslobende schuldet also in einem solchen Falle die Belohnung nur demjenigen, der die Handlung zuerst vorgenommen hat, und kann deshalb, wenn er irrtümlich an einen leistete, der erst nach diesem handelte, die Belohnung nach den Vorschriften der §§ 812 f. zurückfordern.

Daraus ergibt sich weiter, daß jeder, der die Handlung erst vornimmt zu einer Zeit, wo sie bereits vollendet vorliegt, auch dann keinen Anspruch auf die Belohnung erwirbt, wenn der Ersthandelnde seinen Anspruch nicht geltend macht oder durch Vertrag mit dem Auslobenden auf ihn verzichtet.[2]) Wohl aber kann er durch Abtretung dessen Rechte erwerben und auf Grund derselben die Belohnung fordern.[3])

---

[1]) Beispiele der ersteren Art sind: die Wiederherbeischaffung einer abhandengekommenen Sache, die Ergreifung eines Verbrechers usw.; ein solches der zweiten Art: der Nachweis, daß eine bestimmte Ansicht falsch sei (vgl. Fall Hoensbroech — Dasbach).

[2]) s. Planck, Komm. II Anm. 1c zu § 659.

[3]) Planck II Anm. 1b zu § 659.

Weigert sich der Auslobende in einem Falle die Belohnung zu zahlen, weil mehrfach gehandelt worden und die ihm präsentierte Handlung nicht die erste sei, dann trifft ihn die Beweislast hierfür. Die Entscheidung der Frage selbst steht dem Gerichte, nicht dem Auslobenden zu.[4]) Dem Auslobenden wird hier eine wesentlich andere Stellung zugewiesen als in den Fällen der §§ 660 und 661 (vgl. unten §§ 8 und 10), dies aber mit Recht. Denn im ersten dieser beiden Fälle stehen die Personen der Gläubiger schon fest und nur ihre Anteile an der Belohnung sind zu bestimmen, während es sich hier um die Frage handelt, wer überhaupt Gläubiger werden soll. Für diese Entscheidung erscheint der Auslobende nicht genügend uninteressiert, weil er geneigt sein könnte, auch eine frühere nicht auslobungsgemäße Handlung als ihm genügend anzuerkennen, wenn er bei deren Vollbringer auf Nachsicht oder gar Erlaß der Verbindlichkeit rechnen darf. Im Falle des § 661 aber hat sich oder Dritten der Auslobende ausdrücklich vorbehalten, die erforderliche Entscheidung abzugeben.

Da nun aber weiter die Möglichkeit vorhanden ist, daß in einem Falle zwei oder mehrere Personen die zu belohnende Handlung gleichzeitig vornehmen oder daß von ihnen keine ihre Priorität nachzuweisen vermag, so bestimmt § 659 Abs. 2, daß sie dann sämtlich Gläubiger der Belohnung wären und daß einer jeden ein gleicher Anteil an dieser gebührte.[5]) Sofern jedoch die Belohnung unteilbar ist oder nach dem Willen ihres Spenders nur einer Person zufallen soll, dann hat nach dem Gesetze das Los zu entscheiden.[6])

Ob die Belohnung teilbar sei oder nach dem mutmaßlichen Willen des Auslobenden nur einem zukommen solle, wird oft zweifelhaft sein. Für die Frage der Teilbarkeit finden wir bei Planck[7]) die Entscheidung, daß eine Leistung dann teilbar

[4]) Planck II Anm. 1a zu § 659.

[5]) Dies war schon im gemein. Rechte ganz allgemein anerkannt, nur Tschirner a. a. O. S. 130 behauptet, daß dann niemand die Belohnung verdient habe, „quum nemo primus sit".

[6]) Auch der hess. Entwurf (Art. 204) und der bayr. (Art. 761) wollen in diesem Falle das Los entscheiden lassen (Mot. zu § 583).

[7]) Komm. II Anm. 2 zu § 420.

sei, wenn sie sich derart in mehrere Teilleistungen zerlegen lasse, daß durch die sämtlichen Teilleistungen zusammen derselbe Erfolg bewirkt werde, wie durch die Gesamtleistung.[8]) Unteilbar sind in aller Regel die Belohnungen, die keinen Vermögenswert repräsentieren,[9]) und u. E. ist dies auch, dem zu vermutenden Willen des Auslobenden gemäß, eine einzelne nicht vertretbare Sache. Planck[10]) erklärt, daß im letzteren Falle jeder Beteiligte im Zweifel Übertragung eines ideellen Anteils und Einräumung des Mitbesitzes an der Belohnung fordern könne, doch geht u. E. aus der Aussetzung nur einer Sache deutlich hervor, daß auch der Auslobende nur an einen Belohnungsempfänger denkt.[11])

Keine Bestimmung enthält das Gesetz darüber, in welcher Weise bei Unteilbarkeit der Belohnung die Loszichung zu erfolgen habe. Zweifellos steht aber nichts im Wege, daß der Auslobende selbst die Losziehung vornimmt, und es können demzufolge die Beteiligten eine Mitwirkung ihrerseits daran nicht erzwingen. Da jedoch für das Losgeschäft die Vorschrift des § 242 gilt und den Auslobenden die Beweislast dafür trifft, daß dieser genügt worden ist, so dürfte es sich im beiderseitigen Interesse empfehlen, daß der Auslobende die Ziehung der einzelnen Lose den Beteiligten überläßt, und daß für solche, die sich nicht gemeldet haben, das Los durch einen unbeteiligten Dritten gezogen wird.[12]) Es werden so unliebsame Differenzen vermieden, und der Auslobende sichert sich für trotzdem ent-

---

[8]) vgl. auch l. 26 § 2 Dig. de legatis I, l. 6 § 1 Dig. 35, 3: Oertmann a. a. O. S. 140 und die Bestimmung des § 752 BGB. über „Teilbarkeit in Natur".

[9]) Wir denken hier insbesondere an Titel, Ehrenurkunden, Medaillen u. dergl., die nach allgemeiner Verkehrsanschauung nur einen immateriellen Wert und auch diesen nur für den einen haben, der sie ständig im Besitz hat und sich dadurch ausweisen kann.

[10]) Anm. 2a zu § 659.

[11]) Zustimmend Fischer a. a. O. S. 43.

[12]) Abweichend Kuhlenbeck, BGB. § 659 Anm.; Fischer a. a. O. S. 43.

stehende Rechtsstreitigkeiten die Führung des ihm obliegenden Beweises.[13])

§ 8.

Die Mitwirkung mehrerer am Erfolge.

Eine der wenigen Ergänzungen, die der Entwurf der ersten Kommission in bezug auf unsere Materie seitens der zweiten Kommission erfahren hat,[1]) betrifft die Frage, wie es zu halten sei, wenn der eine Erfolg durch die sich gegenseitig ergänzende Tätigkeit mehrerer herbeigeführt worden ist. Insbesondere in den recht häufigen Fällen, wo für die Ergreifung eines Verbrechers eine Belohnung versprochen worden ist, pflegt der Erfolg fast[2]) nie durch die Tätigkeit eines einzelnen ermöglicht zu werden, und wenn auch schließlich die formelle Verhaftung im einzelnen Falle durch nur einen Beamten erfolgen sollte, so sind die vorausgegangenen Handlungen Dritter (wie Auffindung wichtiger corpora delicti, die einen Schluß auf die Person des Verbrechers zulassen, Anzeige des Ortes und der Zeit, wo der Verbrecher vor oder nach der Tat gesehen wurde, Mitteilung, daß er von einem bestimmten Orte aus nach der Tat Nachricht gegeben hat, u. a. m.) doch meist viel wichtiger und für die Herbeiführung des verlangten Erfolges weit erheblicher als die eigentliche Ergreifungshandlung selbst.[3])

---

[13]) Die Losentscheidung wird außer im § 659 im BGB. noch im § 752, ferner im Ges. ü. d. A. der freiw. Ger. § 94 vorgeschrieben.

[1]) vgl. die Ausführungen in § 1 a. E.

[2]) Selbstverständlich ist, daß dies nicht in allen Fällen gilt, und insofern hat das Urteil des hans. OLG. v. 27. 5. 1904 (Rechtspr. der OLG. 10, 181) nicht recht, wenn es für diese Fälle behauptet, es müsse ohne weiteres § 660 BGB. gelten. Vgl. hierzu den Aufsatz von Brückmann in der DJZ. 1903 S. 473, wo es heißt: „Dem gebührt die ganze Belohnung, der das Verbrechen derartig individualisiert, daß es in zuständiger Weise geahndet werden kann, wenn nicht etwa besonders qualifizierende Umstände (z. B. große Gefahr bei tätlichem Widerstande) die an sich sekundären Ergreifungsmaßregeln zu gleich- oder übergeordneten Auslobungstätigkeiten erwachsen lassen."

[3]) vgl. hierzu auch RG. 9, 281.

Da der erste Entwurf keinerlei Bestimmungen für solche Fälle gemeinschaftlicher Tätigkeit enthielt, die Kritik aber wegen der Häufigkeit der vorerwähnten Auslobungen in Kriminalsachen dringend deren Regelung empfahl,[4]) so beschloß die zweite Kommission die Einfügung eines entsprechenden Zusatzes zum § 583, der später als selbständiger Paragraph abgetrennt und in das Gesetzbuch selbst als § 660 aufgenommen worden ist.[5])

In diesem aber wird bestimmt, daß bei konkurrierender Tätigkeit mehrerer, deren keiner die verlangte Leistung vollkommen selbständig erbracht hat, die Belohnung unter die Konkurrenten entsprechend dem Anteile eines jeden am Erfolge zu verteilen ist. Die Entscheidung aber darüber, von welcher Bedeutung die Tätigkeit eines jeden Beteiligten für das Gesamtresultat gewesen ist, steht dem Auslobenden zu, der freilich die Verteilung nicht nach freiem Belieben, sondern nach billigem Ermessen vornehmen soll. Handelt er dem letzteren Erfordernisse zuwider, verstößt also seine Verteilung gegen die Billigkeit, dann ist seine Entscheidung für die Beteiligten aber nur dann unverbindlich, wenn sie „offenbar" unbillig ist, d. h. wenn sie „grob und augenfällig gegen die Billigkeit verstößt".[6])

Selbstverständlich kann neben § 660 auch die Bestimmung des § 659 in Wirksamkeit treten, da ja dieselbe Leistung mehrmals und in jedem oder im entscheidenden Falle durch die gemeinschaftliche Tätigkeit mehrerer herbeigeführt zu werden vermag. Es gilt daher auch die Bestimmung des § 659 II Satz 2, wenn für einen so erzielten Erfolg eine unteilbare Belohnung ausgelobt worden ist (§ 660 III).

Zu dem Rechte des Auslobenden gemäß § 660, die Belohnung unter die Beteiligten zu verteilen, bemerken wir folgendes:

Wie schon erwähnt und im Gesetze selbst gesagt, ist die Verteilung des Auslobenden für die Beteiligten dann nicht verbindlich, wenn sie offenbar[7]) unbillig ist. Sie erfolgt in einem

---

[4]) vgl. Zusammenstellung gutachtl. Äußerungen zum Entw. 1 II S. 327.

[5]) Prot. der zweiten Kommission II S. 349.

[6]) Windscheid-Kipp, Pand. II S. 241.

[7]) vgl. hierzu auch Planck II Anm. 1 zu § 319.

solchen Falle durch Urteil. Eine grob unbillige Verteilung ist also nicht etwa nichtig, und die Beteiligten können sich bei ihr beruhigen, doch steht es jedem, der sich benachteiligt glaubt, frei, auf anderweite Verteilung Klage zu erheben. Die Klage muß entweder gegen diejenigen Beteiligten gerichtet werden, die die Verteilung anerkennen, oder gegen diejenigen, durch deren Begünstigung der Unzufriedene sich benachteiligt glaubt; auch gegen die sämtlichen Mitbeteiligten wird sie erhoben werden können, dagegen keinesfalls gegen den Auslobenden, wie dies aus Abs. 2 von § 660 hervorgeht.

Wie schon in den Verhandlungen der 2. Kommission betont wurde,[8]) mußte die Stellung des Auslobenden im Falle des § 660 nicht nach Analogie von § 315, sondern nach der von §§ 317 bis 319 beurteilt werden, weil ja derselbe nicht erst den Umfang seiner Gesamtverbindlichkeit bestimmen, sondern lediglich entscheiden soll, von welcher Bedeutung die Tätigkeit jedes einzelnen Beteiligten für die Herbeiführung des Gesamterfolges gewesen ist. Seine Aufgabe ist deshalb ähnlich der eines Preisrichters, und daher erschien es billig, ihm die Stellung eines unbeteiligten Dritten im Sinne von § 319 zuzuweisen. So entsprechen denn die Bestimmungen des § 660 I denen des § 319 I Satz 1 u. 2, 1. Halbsatz vollkommen. Es rechtfertigt dies aber auch in einem Falle, wo die Verteilung nicht alle Beteiligten befriedigt, nicht den Auslobenden in den Rechtsstreit zu verwickeln, sondern es jenen zu überlassen, unter sich eine Auseinandersetzung vorzunehmen.

Der Antrag des nicht befriedigten Beteiligten kann entweder darauf gerichtet werden, daß der Beklagte oder die Beklagten verurteilt werden, darein zu willigen, daß dem Kläger der von diesem für angemessen gehaltene Anteil an der Belohnung ausgehändigt werde, oder darauf, daß festgestellt werde, ein bestimmter Anteil entspreche der Bedeutung seiner Tätigkeit für den Erfolg. Die Möglichkeit der Feststellungsklage ergibt sich daraus, daß Leistung vor getroffener Feststellung der Anteile durch Urteil vom Auslobenden nicht gefordert werden kann.

---

[8]) Prot. II S. 349.

Solange nicht alle Beteiligten die von ihm getroffene Verteilung als verbindlich anerkannt haben, kann der Auslobende die Übereignung der Anteile auch denjenigen gegenüber verweigern, die mit dem ihnen Zugesprochenen zufrieden sind, und zwar „bis die Beteiligten den Streit über ihre Berechtigung unter sich ausgetragen haben“ (§ 660 Abs. 2). Diese letztere Bestimmung will besagen, daß er bis zum Erlaß des im Abs. 1 von § 660 erwähnten Urteils oder bis zu einer Einigung der Beteiligten auf der Grundlage seiner Verteilung die Belohnung zurückhalten darf, keineswegs aber folgt aus ihr etwa, daß der Auslobende auch dann zur Leistung verpflichtet wäre, wenn die Beteiligten eine andere gütliche Einigung treffen. Denn nur durch Urteil kann mit verbindlicher Kraft für ihn eine von seinem Ermessen abweichende Anordnung getroffen werden, und die Beteiligten können von ihm nur die durch seine Entscheidung festgesetzten oder die durch Urteil abweichend normierten Anteile fordern.[9])

Obwohl nun die Vornahme der Verteilung in erster Linie als ein Recht des Auslobenden gedacht ist, wennschon als kein höchstpersönliches, da er es zweifellos durch beauftragte Dritte ausüben kann,[10]) so geht andrerseits aus dem Wortlaute des Gesetzes: er „hat die Verteilung vorzunehmen“ mit Deutlichkeit hervor, daß die Vornahme der Verteilung auch eine Pflicht des Auslobenden ist, die zu erfüllen er sich nicht weigern darf.[11]) Es kann daher jeder Beteiligte bei grundloser Weigerung oder, was dem gleichsteht, bei unbilliger Verzögerung der Erfüllung dieser Pflicht gegen den Auslobenden Klage auf Vornahme der Verteilung erheben, ja er wird dies in der Regel tun müssen, wenn anders er in den Besitz seines Anteils gelangen möchte. Denn ein Anspruch auf Ausantwortung der ungeteilten Belohnung, etwa zu dem Zwecke, daß einer der Beteiligten oder diese insgesamt die Verteilung bewirken könnten, besteht nicht. Ein den Auslobenden zur Vornahme der Verteilung gemäß § 660

[9]) Planck, Komm. II Anm. 2b zu § 660; Fischer a. a. O. S. 46.

[10]) Oertmann, Schuldverh. § 660, 2 u. 6 Abs. 2; Planck II Anm. 2c zu § 660.

[11]) Planck II § 660 Anm. 2g.

verurteilendes Erkenntnis aber würde der Vollstreckung gemäß § 887 ZPO. fähig sein, und daher sind die Beteiligten auf diesen, wenn auch umständlichen Weg angewiesen.

Planck[12]) und mit ihm übereinstimmend Fischer[13]) wollen die Vollstreckung dieses Urteils gemäß § 888 ZPO. erfolgen lassen, ohne hierfür besondere Gründe anzuführen. Nach unserer Auffassung[13a]) würde aber ein auf Grund von § 660 ergehendes Urteil den Auslobenden zu einer Handlung verurteilen, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann. Denn in Betracht kommt doch hier nicht etwa die realiter unter sofortiger Übereignung der Anteile zu bewirkende Verteilung der Belohnung, die allerdings nur der Auslobende vornehmen könnte, sondern, wie nähere Prüfung des § 660 ergibt, lediglich die Festsetzung eines Teilungsplanes, auf Grund dessen jeder Beteiligte ein Anrecht auf einen bestimmten Anteil erwerben soll. Dies geht mit besonderer Deutlichkeit aus Abs. 2 von § 660 hervor, denn würde die Verteilung im Sinne von § 660 bereits die Zuteilung und Übereignung des jedem zuzuerkennenden Anteiles sein, dann bestünde für den Auslobenden keine Möglichkeit mehr, bei Unzufriedenheit eines Beteiligten die Erfüllung zu verweigern. Die Festsetzung des Teilungsplanes aber ist schon um deswillen eine vertretbare Handlung im Sinne von § 887 ZPO., weil sie gar nicht ausschließlich vom Willen des Auslobenden abhängig ist. Vielmehr bietet die Vorschrift, daß sie nach billigem Ermessen zu erfolgen habe, auch für einen beliebigen Dritten genügenden Anhalt für eine zutreffende Entscheidung. Wir meinen auch, daß Plancks Ansicht mit der Bemerkung unter 2c zu § 660[14]) in Widerspruch stehe, da dort

[12]) Anm. 2b zu § 660.

[13]) a. a. O. S. 48.

[13a]) vgl. RG. 30. 6. 1886, Gruchots Beiträge 33, 126 f.: „Denn der Regel nach ersetzt bei allen Handlungen, welche der Schuldner auf Grund seiner Vollmacht durch einen andern ausführen lassen kann, die vom Gerichte zu erteilende Ermächtigung die Stelle dieser Vollmacht." Ebenso OLG. Kassel, Beschl. vom 23. 9. 1889 in Busch, Zeitschr. für d. ZivProz. 15, 526, ebendort 6, 525; s. auch Beschl. des sächs. OLG., Annalen III, 271.

[14]) Komm. II; vgl. oben Anm. 10 S. 81. Kann aber der Auslobende selbst Dritte mit Vornahme der Verteilung betrauen, dann wird auch dem

von ihm selbst erklärt wird, daß der Auslobende Dritte mit Vornahme der Verteilung betrauen könne.

Läßt man aber die Zwangsvollstreckung des fraglichen Urteils gemäß § 887 ZPO. geschehen, dann wird eine von Planck erwähnte Schwierigkeit[15]) von selbst vermieden, die sich ergibt, wenn der Auslobende bei Durchführung der Vollstreckung nach § 888 ZPO. die zulässigen Zwangsmaßregeln duldet, ohne seiner Pflicht nachzukommen.

Zu erörtern bleibt nur noch die Frage, wie es zu halten sei, wenn der Auslobende die Verteilung aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, nicht vornehmen kann. Planck rechnet hierher den Fall, daß mehrere Auslobende sich über die Verteilung nicht zu einigen vermögen,[16]) doch können wir uns seiner Ansicht nicht anschließen. Fraglich ist schon, ob bei dem Vorhandensein von drei und mehr Auslobenden notwendig die Analogie von § 317 II zu gelten hätte oder ob nicht Mehrheitsbeschluß entscheidend wäre, aber auch wenn Einstimmigkeit erforderlich und diese nicht zu erzielen sein sollte, würde deshalb noch keine Unmöglichkeit der Leistung aus Gründen, die die Auslobenden nicht zu vertreten haben, vorhanden sein. Denn in solchem Falle müssen eben die Auslobenden einem Dritten das Recht zur Vornahme der Teilung übertragen, sonst trifft sie das Verschulden, die Verteilung durch ihr Verhalten unmöglich gemacht zu haben, und diese Unmöglichkeit müssen sie vertreten. Dieser Fall steht daher denen der Weigerung oder unbilligen Verzögerung gleich und ist wie diese zu behandeln.

Im übrigen können wir uns aber nur solche Fälle tatsächlicher Verhinderung des Auslobenden aus Gründen, die von ihm nicht zu vertreten sind, denken, in denen durch bereits bestellte gesetzliche oder ad hoc zu bevollmächtigende gewillkürte Ver-

---

Gerichte die Befugnis zugestanden werden müssen, die Beteiligten nach § 887 ZPO. zu ermächtigen, ihrerseits einen Dritten mit der Verteilung zu beauftragen, es wird auch zulässig sein, daß das Gericht selbst mit Zustimmung der Beteiligten den Teilungsplan aufstellt; vgl. RG. 18, 435 und oben Anm. 13a S. 82.

[15]) Komm. II Anm. 2g zu § 660.

[16]) a. a. O.

treter die Verteilung vorgenommen werden kann und muß, so daß eine weitere Erörterung der Frage sich erübrigt.

In dem Falle der Unstimmigkeit mehrerer Auslobenden, sowie dann, wenn die Zwangsvollstreckung auf Grund von § 888 ZPO. ergebnislos verläuft, schlägt Planck vor, die zwischen § 660 I und § 319 I Satz 1 und Satz 2 Halbsatz 1 bestehende Analogie auch auf den Halbsatz 2 des zweiten Satzes auszudehnen und über die vorgedachten Fälle hinaus den Auslobenden dieser Bestimmung gemäß in jedem Falle des Verteilungsrechtes für verlustig zu erklären, wo er die Verteilung nicht vornehmen kann oder will, oder wo er sie verzögert, doch hält er dies selbst im letzten Falle für bedenklich. Nach unserer Meinung besteht eine Notwendigkeit für analoge Anwendung jenes Halbsatzes 2 nicht, die wohl auch kaum dem Willen des Gesetzgebers entspricht.[17]) Denn es liegt kein Grund vor, die Fälle, wo der Auslobende die Verteilung verzögert oder schuldhaft nicht vornehmen kann, anders zu beurteilen, als die der Weigerung.

Die Verteilungsentscheidung des Auslobenden ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, zu deren Wirksamkeit erforderlich ist, daß sie den Beteiligten zugehe. Doch wird es genügen, wenn sie einem derselben zugeht, da dies der Billigkeit entspricht.[18])

Aus demselben Grunde rechtfertigt sich, daß nur der Auslobende befugt ist, seine Entscheidung anzufechten; es empfiehlt sich nicht, den Beteiligten nach Analogie von § 318 II ein Recht hierzu einzuräumen oder etwa es auf Grund dieser Bestimmung dem Auslobenden zu versagen, weil es dort auch dem unbeteiligten Dritten nicht zusteht.

Im Verhältnis zueinander stehen die Beteiligten bis zur Vornahme der Verteilung in einem Gesamthandsverhältnis nach Analogie von § 432 BGB. mit dem Unterschiede, daß dieses Verhältnis nicht auf einer Unteilbarkeit der ihnen zustehenden Leistung, sondern auf der Einheitlichkeit der schuldbegründenden

---

[17]) U. E. ist in § 660 bereits alles aufgenommen, was nach dem Willen des Gesetzgebers von § 319 gelten soll.

[18]) Oertmann, Schuldverh. § 660, 5 Abs. 2; Fischer a. a. O. S. 47.

Tatsache beruht.[19]) Sobald der Auslobende die Verteilung vorgenommen, also den Teilungsplan festgesetzt hat, kann jeder Beteiligte selbständig den ihm zuerkannten Anteil fordern ohne Rücksicht darauf, ob die übrigen die Verteilung als verbindlich anerkennen.[20]) Dasselbe gilt, sobald in Weigerungs- und ähnlichen Fällen (s. o.) das Gericht oder ein beauftragter Dritter den Teilungsplan aufgestellt hat.

Verweigert der Auslobende auf Grund von § 660 Abs. 2 die Erfüllung eines auf Grund seiner Verteilung gegen ihn geltend gemachten Anspruchs, so muß er beweisen, daß auch nur einer der Beteiligten seine Verteilung nicht anerkannt habe. Doch dürfte es hierbei genügen, wenn er nachwiese, daß ein Beteiligter trotz Aufforderung zur Anerkennung unter Fristsetzung innerhalb der angemessenen Frist sich nicht erklärt habe.[21])

Da sich nun nach der geschaffenen Ordnung der Erfüllung des in seiner Gesamtheit bereits mit Vollendung des Erfolges vorhandenen Schuldverhältnisses unter Umständen langwierige Prozesse entgegenstellen können, so wird im Abs. 2 von § 660 jedem Beteiligten das Recht eingeräumt, von dem Auslobenden dann Hinterlegung der gesamten Belohnung zugunsten aller zu verlangen, wenn die Beteiligten unter sich über den Umfang ihrer Sonderberechtigung im Streite sind. Es liegt dies insbesondere im Interesse derjenigen Beteiligten, die an sich mit der Entscheidung des Auslobenden zufrieden wider ihren Willen in den Prozeß verwickelt werden, damit sie gegen eine etwa eintretende Insolvenz des Auslobenden geschützt sind. Natürlich kann der Auslobende auch aus eigener Entschließung gemäß § 372 hinterlegen und sich dadurch von allen Ansprüchen befreien.

Eignet sich die Belohnung zur Hinterlegung nicht, dann entfällt für die Beteiligten das Recht, eine Sicherung zu fordern,

---

[19]) Prot. II S. 350.

[20]) Daß der Auslobende im letzteren Falle die Erfüllung verweigern kann, wurde oben S. 81 bereits gesagt (§ 660 II). Dies gilt auch, wenn nach vorgenommener Verteilung neue Beteiligte auftauchen, die noch nicht berücksichtigt worden sind.

[21]) So Planck II Anm. 2 f. zu § 660 und Fischer S. 47.

dem Auslobenden dagegen steht nach §§ 372 f. das Recht zur Versteigerung[22]) und Hinterlegung des Erlöses zu, wenn der Verderb der ausgelobten Sache zu besorgen oder deren Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist (§ 383 Abs. 1 Satz 2).

Eine analoge Anwendung von § 432 Abs. 1 Satz 2 erscheint schon deswegen ausgeschlossen, weil der Gesetzgeber in § 660 II bereits alles ausdrücklich bemerkt hat, was nach Analogie von § 432 gelten soll. Es dürfte überdies in den meisten Fällen der Auslobende selbst die für eine eventuelle Verwahrung am besten geeignete Person sein.[23])

Hervorgehoben sei endlich noch, daß die §§ 659 und 660 dispositives Recht enthalten, so daß es dem Auslobenden freisteht, im einzelnen Falle abweichende Anordnungen zu treffen. Er kann deshalb auch schon in der Auslobung bestimmen, daß bei Mitwirkung mehrerer am Erfolge seine Verteilungsentscheidung unter allen Umständen verbindlich sein solle, so daß sie auch gilt, wenn sie ganz offenbar unbillig ist.[24])

§ 9.

Das Erlöschen der Auslobung insbesondere durch Widerruf.

Die Auslobung findet ihre normale Erledigung dadurch, daß die geforderte Handlung, sei es einmal, sei es so oft, wie dies der Auslobende wünschte, erbracht wird. Sobald der verlangte Erfolg vollendet vorliegt, ist durch die damit geschaffene Obligation die schuldbegründende Kraft des einseitigen Versprechens konsumiert und können weitere Verpflichtungen für den Auslobenden aus ihm nicht entstehen.

---

[22]) Als Leistungsort im Sinne von § 383 kommt stets der Wohnsitz des Auslobenden in Betracht.

[23]) vgl. Dernburg, Bürg. Recht II, 2 S. 479; Oertmann, Schuldverh. S. 390 Mitte.

[24]) Planck II Anm. 3 zu § 660.

Doch auch auf mannigfaltige andere Weise kann die Auslobungserklärung ihre Wirksamkeit verlieren, und wir wollen eine Reihe der hierfür in Betracht kommenden Gründe an dieser Stelle erwähnen.

An erster Stelle sei hierbei hervorgehoben, daß bei Festsetzung einer Frist für die Vornahme der Handlung das Versprechen seine Wirksamkeit einbüßt, sobald die Frist verstrichen ist, ohne daß die gestellte Bedingung erfüllt worden wäre. Die spätere Vornahme der Handlung begründet keinen Anspruch auf die Belohnung. Wir möchten hierbei darauf hinweisen, daß sich das Erfordernis der Vornahme der Handlung innerhalb einer Frist auch aus den Umständen des Falles ergeben kann, denn wenn der Verlierer einer Rückfahrkarte Berlin-Leipzig dem Finder 3 Mk. Belohnung auslobt, so will er selbstverständlich die Belohnung nur innerhalb der Gültigkeitsdauer der Karte gewähren. Zugleich haben wir aber hier ein Beispiel dafür, daß sich aus den Umständen auch ergeben kann, daß der Auslobende in einem einzelnen Falle mehr als die bloße Vornahme der Handlung verlangt, denn obschon die vorerwähnte Auslobung besagt, daß der „Finder" die Belohnung erhalten solle, ist doch selbstverständlich, daß dem Auslobenden nur daran gelegen sein kann, innerhalb der Gültigkeitsfrist der Karte wieder in deren Besitz zu gelangen. Der Finder muß also hier überdies die Fahrkarte vor Verfall an den Auslobenden abliefern.

Die Auslobung kann aber weiter auch dadurch ihrer schuldbegründenden Kraft verlustig gehen, daß die als Belohnung versprochene Sache ohne Schuld des Auslobenden untergeht oder gar nicht existent wird. Der Auslobende ist in einem solchen Falle nicht verpflichtet, ein Surrogat zu liefern.[1]) Versprach also der Bestohlene demjenigen, der den Dieb ergreifen würde, die Hälfte der bei diesem vorzufindenden Diebesbeute und wird bei Ergreifung des Flüchtlings nichts mehr in dessen Besitz gefunden, dann kann auf Grund der Auslobung kein Schuldverhältnis zur Entstehung kommen.

Auch dann erledigt sich die Auslobung ohne weiteres, wenn

[1]) Crome a. a. O. S. 520.

die verlangte Handlung nachträglich unmöglich wird,[2]) und dazu gehört auch der Fall, daß der Auslobende selbst die Handlung vornimmt oder deren Vornahme für einen anderen vorsätzlich unmöglich macht. Wir sagten schon oben (§ 6), daß im letzterwähnten Falle § 162 nicht Anwendung fände, und erwähnen noch, daß auch eine Schadensersatzpflicht des Auslobenden, sofern nicht die §§ 823 f. einschlagen, nicht zu begründen ist.[3]) Für eine solche Schadensersatzpflicht tritt Fischer[4]) in bestimmten Fällen ein, doch sind seine Ausführungen nicht geeignet, seine Behauptung zu begründen.

Ein fernerer Grund des Unwirksamwerdens einer Auslobungserklärung bildet die von uns bereits mehrfach erwähnte Anfechtung.[5]) Auch hier wird, selbst im Falle der Anfechtung wegen Irrtums eine Schadensersatzpflicht des Auslobenden schon um deswillen nicht anerkannt werden können, weil sich in der Regel ein Schaden nicht wird nachweisen lassen.[6])

Daß die Auslobung in der Regel ihrer Wirksamkeit nicht dadurch verlustig geht, daß der Auslobende stirbt oder in der Geschäftsfähigkeit beeinträchtigt wird, wurde an anderer Stelle schon gesagt.[7]) Trotzdem können auch solche Ereignisse im ein-

---

[2]) z. B. der flüchtige Verbrecher stellt sich freiwillig oder stirbt, oder es stellt sich heraus, daß kein Verbrechen sondern Unglücksfall vorliegt u. a. m.; vgl. Brummund a. a. O. S. 41.

[3]) Planck II Vorbem. 3 zu Titel 9 S. 403.

[4]) a. a. O. S. 57. In dem von ihm gebrachten Beispiele würde der Ringmeister nur dann ersatzpflichtig sein, wenn er sich vorsätzlich weigerte in der Absicht, dem zur Leistung Bereiten Schaden zuzufügen. Diesen Beweis würde der letztere aber meist nicht führen können.

[5]) Oben § 4 S. 48 f.

[6]) An dieser Stelle sei noch erwähnt, daß der Irrtum des Auslobenden über den Tatbestand des „Verlierens" im Rechtssinne unerheblich ist. „Verlor" er also einen Wertgegenstand im Hotel, wo er im Rechtssinne gar nichts verlieren kann, weil der Gegenstand im Besitz des Wirtes bleibt, so schuldet er eine dem Finder ausgesetzte Belohnung doch und unabänderlich, wenn ein Hotelbediensteter den Gegenstand aufgefunden hat. Vgl. hierzu Brückmann im Arch. f. bürg. Recht 23, 328.

[7]) Für das gem. Recht wurde dies von Regelsberger a. a. O. S. 226 bestritten; zustimmend Planck II § 660 Anm. 2c; Oertel a. a. O. S. 67; Crome a. a. O. S. 523.

zelnen Falle zu einem Erlöschen der Auslobung führen, und dies zwar dann, wenn aus der öffentlichen Bekanntmachung mittelbar oder unmittelbar erhellt, daß der Auslobende sich nur binden will, wenn er die Vornahme der Handlung erlebt oder sich zu dieser Zeit im Besitze seiner vollen Geschäftsfähigkeit befindet. Dies wird aber der Fall sein, wenn z. B. ein berühmter Maler sich erbietet, denjenigen, der bei einer Gemäldekonkurrenz als Sieger hervorgeht, als Schüler in sein Atelier aufzunehmen, und ebenso will der Auslobende nicht den belohnen, der erst nach seinem Tode mit dem geforderten Nachweis einer für die Befähigung des Auslobenden passenden gutlohnenden Stellung hervortritt.[8])

Als weiteren Grund für das Erlöschen einer Auslobungserklärung möchten wir endlich noch den zulässigen Widerruf erwähnen und auf ihn besonders eingehen um deswillen, weil er gewisse Schwierigkeiten bietet, die den Anlaß zu divergierenden Meinungsäußerungen geboten haben.

Schon in den bisher erörterten Fällen des Erlöschens der Auslobung und auch an anderen Stellen unserer Abhandlung haben wir wiederholt hervorgehoben, daß das Versprechen des Auslobenden aus den Umständen des Falles zu interpretieren sei, und daß genau erwogen werden müsse, wie die verlangte Leistung am besten dem zu vermutenden Willen des Auslobenden entsprechen möchte. Wir sind dabei von der Ansicht ausgegangen, daß bei der Auslobung als einseitiger nicht empfangsbedürftiger Willenserklärung die für Willenserklärungen im allgemeinen geltende Vorschrift des § 133 im besonderen Maße zur Anwendung zu gelangen hat, einmal weil hier kollidierende Interessen weniger stark hervortreten, als bei den empfangsbedürftigen Erklärungen, ferner weil die Auslobung in den meisten Fällen einem freigebigen Geschäfte nahekommt, und endlich, weil dieselbe als Einwillensgeschäft ihr gesamtes Dasein allein dem Willen des Auslobenden verdankt. Obwohl nun dies allein schon dazu führen würde, in jedem Falle, wo eine Auslobungs-

[8]) Wir begegnen derartigen Auslobungen recht häufig in unseren Tageszeitungen.

erklärung zweifelhaft abgefaßt ist, diese zugunsten des Auslobenden zu interpretieren, so rechtfertigt sich dies doch auch noch um deswillen, weil der Auslobende regelmäßig im Momente der Abfassung seiner Erklärung unter dem Einflusse einer mehr oder weniger starken Gemütsbewegung steht und weil er meist zu raschem Handeln genötigt ist.

Wer plötzlich im Gewühle der Großstadt den Verlust seiner reichgefüllten Brieftasche bemerkt, wer am frühen Morgen mit der Nachricht von den Unterschlagungen und der Flucht seines Kassierers überrascht wird oder wer gar unter dem Eindrucke einer noch unaufgeklärten Bluttat steht, von dem können wir nicht erwarten, daß er auf die äußere Fassung einer von ihm für notwendig gehaltenen Auslobungserklärung erst viele Mühe verwenden und ihre event. Auslegung eingehend erwägen wird. Denn oft sind die Minuten in solchen Fällen recht kostbar, da sie unter anderem dafür entscheidend werden können, ob die Erklärung noch in die am gleichen Tage erscheinende Nummer einer vielgelesenen Zeitung aufgenommen werden kann, und möglicherweise hängt der ganze Erfolg von einer früheren Veröffentlichung ab. Auch derjenige, der in einer Zeit allgemeiner Begeisterung, etwa nach Ausbruch eines Krieges, vor einer Menschenmenge öffentlich demjenigen eine Belohnung angelobt, der die erste feindliche Fahne erobern werde, wird den Wortlaut seiner Erklärung nicht ängstlich abwägen, und unbillig wäre es, wollte man diesen entscheiden lassen. Mit Unrecht fordert Siegel[9]) von dem Auslobenden ganz allgemein, daß er „nicht leichten Sinnes“ handeln solle. „Er gedenke der Zukunft und der möglichen Wechselfälle, er wende die nötige Vorsicht und Kautelen an, indem er eine Frist bestimmt und zu rechter Zeit für die Deckung sorgt, kurz er prüfe sich und sehe sich vor, ehe er sich bindet.“ Wollte man das vom Auslobenden verlangen, dann wäre in den meisten Fällen der Wert der Auslobung für ihn verloren. Auch hier muß entscheiden, was den Bedürfnissen des Lebens am meisten entspricht, und das ist eben, daß man an die äußere Fassung der Erklärung keinerlei strengen Maß-

[9]) a. a. O. S. 98.

stab legen darf, sondern stets den mutmaßlichen Willen des Auslobenden zu erforschen und alle Zweifelsfragen diesem gemäß zu entscheiden hat.

Wir sind im Vorhergehenden auf die Frage der Auslegung der Auslobungserklärung um deswillen näher eingegangen, weil nach unserer Auffassung dieselben Gründe, die für eine dem Auslobenden günstige Auslegung seiner Erklärung sprechen, auch dafür maßgebend sein müssen, ob man dem Auslobenden das Recht zuerkennen soll, seine Erklärung zu ändern oder gar im Wege des Widerrufs zurückzunehmen.

Im gemeinen Rechte herrschte hierüber heftiger Streit, und wir finden, daß dort im allgemeinen die Vertreter der Vertragstheorie[10]) die Widerruflichkeit verteidigten, während die Anhänger der auch von uns vertretenen Lehre meist die Unwiderruflichkeit der Auslobung für eine notwendige Folge der einseitigen Natur derselben hielten.[11]) Wir haben bereits bei Erörterung der rechtlichen Natur der Auslobung[12]) uns gegen diese letzterwähnte Ansicht erklärt und heben hier nochmals hervor, daß die Unwiderruflichkeit durchaus keine notwendige Konsequenz der von uns vertretenen Lehre ist.[13]) Insoweit aber von den Verteidigern der Unwiderruflichkeit für diese Gründe der Zweckmäßigkeit vorgebracht worden sind,[14]) meinen wir, daß die-

---

[10]) Mühlenbruch, Schweppe, Unterholtzner, Windscheid, Regelsberger, Holzschuher, Köppen, Jhering u. a.; zu vgl. Siegel a. a. O. S. 99.

[11]) Siegel, Unger, Cosack, Kuntze, Oertel u. a.; vgl. Brummund a. a. O. S. 44.

[12]) s. oben § 4 S. 43 a. E.

[13]) vgl. Windscheid-Kipp, Pand. II Anm. 6 zu § 308; Brummund a. a. O. S. 44.

[14]) Siegel a. a. O. S. 97 führt noch aus: „Wie ließe sich erwarten, daß jemand seine Zeit und Mühe aufwende, sein Geld und Gut daran setze, daß jemand sein Leben wage oder mit Rücksicht auf eine wissenschaftliche Preisfrage seinem Denken und Trachten eine andere Richtung gebe, wenn er nicht dessen wenigstens sicher sein könnte, daß eine etwaige Sinnes- und Willensänderung des Auslobenden die Grundlage für seine Entschließungen ihm zu entziehen nicht in der Lage sei. Im Selbstvertrauen mag der Bewerber sich täuschen, das ist eine Sache, die er mit sich abzumachen hat, im Vertrauen auf das Wort des Auslobenden muß er Schutz im Rechte

selben alle den von uns für die Widerruflichkeit angeführten nicht gewachsen sind. Zu alledem würde die Unwiderruflichkeit ganz allgemein nur „als eine überflüssige Härte gegen den Auslobenden empfunden werden, mit der sich der Verkehr schwerlich befreunden und wodurch das dem letzteren vielfach nützliche Rechtsinstitut vielleicht etwas von seiner Beliebtheit einbüßen könnte".[15])

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich denn auch mit Recht für die Widerruflichkeit der Auslobung erklärt und läßt diese zu „bis zur Vornahme der Handlung".[16]) Dies aber entspricht durchaus der Billigkeit, denn da bis zu diesem Zeitpunkte keinerlei Rechte für einen anderen durch die Auslobung begründet worden sind, so kann man dem Auslobenden unbedenklich das Recht einräumen, bis dahin mit seiner Erklärung nach Willkür zu verfahren. Zwar spricht das Gesetzbuch nur von der Zulässigkeit des Widerrufs, da aber in dem plus das minus mit enthalten ist, so wird damit dem Auslobenden auch die Befugnis zugesprochen, bis zum gleichen entscheidenden Momente die Auslobung abzuändern.

Der zulässige Widerruf und ebenso jede Erklärung, die auf eine Änderung des Inhalts der Auslobung abzielt, muß aber in der gleich solennen Form wie die Auslobung selbst, also im Wege öffentlicher Bekanntmachung geschehen; das Bürgerliche Gesetzbuch schreibt überdies vor, daß die Bekanntmachung „in derselben Weise" stattfinden müsse wie jene. Das letztere kann u. E. jedoch nur den Sinn haben, daß der Widerruf „in gleich wirksamer Weise" bekannt gegeben werden muß und daß nicht etwa peinlich ganz genau dieselbe Situation der Bekanntgabe gefordert werden darf. Deshalb wird eine Auslobung, die vor einer zufällig zusammengelaufenen Menge geschah, nach deren Zerstreuung auch durch die Presse oder durch Anschläge widerrufen und abgeändert werden können, sofern nur auf diese Weise dem größeren Teile derjenigen Personen, die sich unter

finden. Diesen Schutz gewährt aber nur die Verpflichtung des Auslobenden, bei seinem Worte zu bleiben."

[15]) v. Lüdinghausen-Wolff, Die bindende Kraft des einseitigen Versprechens im heut. gem. Rechte, Dissert. Frankfurt a. O. 1889, S. 64.

[16]) § 658.

der Menge befanden, Gelegenheit geboten ist, von den späteren Erklärungen des Auslobenden Kenntnis zu erlangen.[17])

Das Gesetzbuch läßt nun aber im § 658 neben dem öffentlichen Widerrufe noch den „durch besondere Mitteilung" zu. Wir haben diesen sogen. besonderen Widerruf bereits oben behandelt und verweisen auf das dort Gesagte.[18]) Seine Eigentümlichkeit besteht darin, daß er die Auslobung an sich völlig unberührt läßt und nur demjenigen, dem er zugeht, die Möglichkeit raubt, die für den Erwerb des Anspruchs auf die Belohnung gesetzte Bedingung zu erfüllen.[19])

Eine weitere wichtige Bestimmung finden wir in Abs. 2 von § 658, wonach in der Auslobung auf die Widerruflichkeit verzichtet werden kann, und auch auf diesen Widerrufsverzicht mußten wir schon an einer früheren Stelle näher eingehen.[20]) Kraft dieser Bestimmung ist der Auslobende auf Grund seiner einseitigen Verzichtserklärung schon vor Entstehung einer Verbindlichkeit für ihn gebunden, ohne daß dieser Gebundenheit irgend eine Berechtigung einer anderen Person entspräche. Vielmehr ist auch diese Bindung des Auslobenden ebenso wie die erst später entstehende Verpflichtung zur Leistung eine gesetzlich anerkannte Folge seiner einseitigen Willenserklärung, und deshalb bedarf auch der Widerrufsverzicht öffentlicher Bekanntgabe, wie die Auslobung selbst. Nach dem Gesetzestexte kann er überdies nur „in der Auslobung" selbst erklärt werden, doch dürfte einer Verzichtserklärung, die erst nach dieser besonders abgegeben wurde, dieselbe Bedeutung beizumessen sein.[21])

Im Zweifel soll bereits in der Bestimmung einer Frist für die Vornahme der Handlung ein für die gleiche Zeit ausgesprochener Widerrufsverzicht zu erblicken sein (§ 658 II

---

[17]) So Dernburg, Bürgerl. Recht II, 2 S. 477. — A. M. ist Fischer a. a. O. S. 55, der in solchem Falle den Widerruf für unmöglich hält.

[18]) oben S. 46 f.

[19]) Der besondere Widerruf ist ausnahmsweise eine empfangsbedürftige Willenserklärung, während der öffentliche Widerruf und etwaige Änderungen nicht empfangsbedürftig sind.

[20]) oben S. 47.

[21]) Diese Meinung vertritt Oertmann, Schuldverh. § 658, 3; ihm stimmt Fischer a. a. O. S. 53 bei.

2. Halbsatz). Wir finden auch diese gesetzliche Interpretation, obwohl sie zuungunsten des Auslobenden wirkt und deshalb eigentlich unseren früheren Ausführungen entgegensteht, vom Billigkeitsstandpunkte gerechtfertigt, und zwar deshalb, weil die Bestimmung einer Frist ein Zeichen dafür ist, daß es dem Auslobenden bei Abfassung seiner Erklärung nicht an der nötigen Überlegungsgelegenheit gefehlt hat. In dringlichen Fällen, wie wir solche oben anführten, wird der Auslobende sich wohl nie mit Fristsetzung, Widerrufsverzicht und dergleichen aufhalten, sondern sich darauf beschränken, die gewünschte Leistung und die zu gewährende Belohnung zu bezeichnen. Setzte er eine Frist fest, deren Dauer er ja reiflich überlegen mußte, dann spricht dies dafür, daß er den gesamten Inhalt seiner Erklärung und auch deren Tragweite und mögliche Auslegung genau erwogen hat, und dies rechtfertigt zweifellos, ihm die sonst gebotene Nachsicht hier nicht zu gewähren.

Daß die Fristsetzung in der Auslobung selbst geschehen müßte, um als Widerrufsverzicht zu erscheinen, ist im Gesetze nicht gesagt, und deshalb gilt auch für sie, daß sie mit gleicher Wirkung in einer nachträglichen besonderen Erklärung erfolgen kann.

Im Gegensatze zu Fischer[22]) sind wir endlich der Meinung, daß die gesetzliche Vermutung des § 658 II 2. Halbsatz nicht extensiv zu interpretieren sei und daß deshalb nicht bereits in Erwähnung irgend welches zukünftigen Termins in der Auslobung ein Widerrufsverzicht bis zu diesem erblickt werden darf. Das Interesse des Auslobenden erheischt unbedingt, ihn nur dann für gebunden gelten zu lassen, wenn eine klare Vermutung dafür spricht, daß er gebunden sein wollte. Seinem Interesse gegenüber aber kommt das der Allgemeinheit am heilen Bestande der Auslobungserklärung gar nicht in Betracht, denn ob aus diesem jemals das Recht eines einzelnen auf Erfüllung erwachsen wird, ist fraglich, und die Möglichkeit für den einzelnen ist um so unwahrscheinlicher, je größer der Kreis ist, an den sich die Auslobung wendet.

---

[22]) a. a. O. S. 54.

Im Anschlusse an die Frage der Widerruflichkeit der Auslobung pflegte früher eingehend erörtert zu werden, ob der Auslobende im Falle eines zulässigen Widerrufs die Aufwendungen ersetzen müßte, die im Hinblick auf die Auslobung und durch sie veranlaßt gemacht worden wären. Insbesondere erschien dies gerechtfertigt in den Fällen, wo vom Standpunkte der Vertragstheorie aus eine definitive Bindung des Auslobenden erst nach Vornahme der Handlung angenommen wurde, so daß der Widerruf auch nach dieser noch möglich war.

Im gemeinen Rechte wurde deshalb auch vielfach von Anhängern der Vertragstheorie eine Schadensersatzpflicht befürwortet, und wir nennen als Vertreter dieser Ansicht insbesondere Schütze, Jhering, Regelsberger und Windscheid.[23]) Trotzdem lehnte auch dort bereits die herrschende Lehre die Anerkennung von Ersatzansprüchen um deswillen ab, weil erhebliche Praktikabilitätsgründe gegen die Anerkennung sprachen. Würde man nämlich auf der einen Seite anerkennen, daß dem Auslobenden in einem bestimmten Falle das Recht zum Widerruf zugestanden werden müßte, und wollte man andrerseits diesem zumuten, trotzdem alle Aufwendungen zu erstatten, die irgend jemand bereits gemacht hätte, dann würde die Statuierung der letzteren Pflicht das eben gewährte Recht meist wieder illusorisch machen. Denn man könnte doch wohl kaum den Ersatz Fordernden den in der Regel unführbaren Beweis zumuten, daß sie auf Grund ihrer Aufwendungen ihr Ziel erreicht haben würden, und dann käme der Auslobende, der vielleicht einer großen Anzahl von Personen erhebliche Aufwendungen

---

[23]) Schütze erkennt dem Leistenden eine a° doli zu, da es dolos gehandelt sei, wenn der Auslobende einen Schaden nicht ersetzen wollte, den er durch Verleitung zu einem Tun und dessen spätere Vereitelung veranlaßt hätte (a. a. O. S. 69). Jhering hält hier einen Fall seiner culpa in contrahendo für gegeben. Vgl. dazu Sohm a. a. O. S. 96. Windscheid unterstellt einen stillschweigenden Garantie- und Regelsberger einen ebensolchen Widerrufsverzichtsvertrag, aus dessen Verletzung die Ersatzpflicht folgt. Vgl. dazu Oertel S. 71. Auch in Art. 755 des bayr. Entwurfs eines BGB. war die Ersatzpflicht des Auslobenden für den Fall zulässigen Widerrufs vorgesehen.

erstatten müßte, in eine weit unangenehmere Lage, als wenn er den Widerruf ganz unterlassen hätte.[24])

Dieselben Erwägungen haben auch die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs veranlaßt, eine solche Schadensersatzpflicht des Auslobenden nicht anzuerkennen,[25]) und da nach geltendem Rechte das Widerrufsrecht sofort mit Vornahme der Handlung entfällt, so dürfte dies wohl zu billigen sein.[26])

Mit Rücksicht auf die im Bürgerlichen Gesetzbuch vorliegende Ordnung der Widerruflichkeit der Auslobung muß nun allerdings jeder, der auf eine Auslobung oder ein Preisausschreiben hin tätig werden will, genau erwägen, ob der winkende Preis dem zu riskierenden Einsatz entspricht. Er muß sich bewußt sein, daß er Aufwendungen macht, vielleicht Beschwerden und Gefahren auf sich nimmt, für die ihm unter Umständen kein Entgelt geboten wird, und daß er, sofern die Auslobung nicht ausdrücklich ein anderes ergibt, vollkommen von der Laune des Auslobenden abhängig ist.

Trotzdem sind wir überzeugt, daß diese Regelung der Materie für die Wirksamkeit der Auslobung im speziellen Falle und für ihre Beliebtheit im Verkehre keinerlei nachteilige Folgen äußern und daß sie wohl niemals jemanden bestimmen wird, einer Auslobung keine Beachtung zu schenken, obwohl er in der Lage wäre, die verlangte Leistung zu erbringen. Denn hier ist zu berücksichtigen, daß in vielen Fällen der Leistende gar nicht im Hinblick auf die Auslobung handelt, sondern dem blinden Zufalle seinen Erfolg verdankt,[27]) daß ferner, insbesondere bei Preisausschreiben, nicht lediglich in Hoffnung auf die Belohnung, sondern „um der Sache selbst willen" gehandelt zu werden pflegt, daß weiter gemeinnützige Leistungen

[24]) Exner a. a. O. S. 360 will deshalb dem Auslobenden das Recht zuerkennen, „wenn er es seinem Interesse angemessen erachtet, sich so behandeln zu lassen, als hätte er die Auslobung nicht widerrufen".

[25]) Die Mot. II S. 522 heben hervor, daß die Statuierung irgendwelcher Schadensersatzpflicht „kaum lösliche Schwierigkeiten hervorgerufen haben würde".

[26]) Wo vorsätzliches Handeln mit der Absicht, Schaden zuzufügen, nachweisbar ist, gelten selbstverständlich die §§ 823 f.

[27]) Wir verweisen auf die Fund- und Kriminalauslobungen.

auch ihrem Erbringer indirekt nützen, so daß er die besondere Belohnung entbehren kann, und endlich, daß wohl niemals die geforderte Handlung gar keinen Verkehrswert hat, sondern eine beliebige anderweite Verwertung gestattet.[28])

§ 10.

Das Preisausschreiben.

In dem letzten Paragraphen des die Auslobung behandelnden Titels werden eine Reihe besonderer Vorschriften für solche Auslobungen gegeben, die eine Preisbewerbung zum Gegenstand haben (§ 661). Wir haben bereits mehrfach Veranlassung gehabt, uns mit dieser Unterart der Auslobung im allgemeinen zu befassen und haben sie dort als „Preisausschreiben" bezeichnet.[1]) Wir möchten diese Bezeichnung auch hier der Kürze wegen beibehalten, heben jedoch hervor, daß derartige Auslobungen wie alle übrigen in der verschiedenartigsten Weise bekannt gegeben werden können und daß der Weg des „Ausschreibens" nur der hierfür gebräuchlichste, ja fast ausschließlich übliche ist.

Im gemeinen Rechte hat Kuntze die Ansicht geäußert,[2]) daß das Preisausschreiben einen besonderen Tatbestand neben der Auslobung darstellte und daß beide Begriffe nur eine große Ähnlichkeit miteinander besäßen,[3]) ihm ist aber dort bereits Regelsberger[4]) entgegengetreten mit der treffenden Bemerkung, „daß die Unterscheidungspunkte weniger rechtlicher als tatsächlicher Natur und gewiß nicht erheblich genug sind,

---

[28]) Bemerkt sei noch, daß auch die partikularrechtlichen Vorgänger des BGB. sämtlich die Widerruflichkeit anerkannten. Zu vgl. ALR. I § 990, wonach nur bei Fristsetzung „innerhalb der bestimmten Zeit Widerruf ausgeschlossen ist (s. auch § 991 wegen „Ergänzung und näherer Bestimmung der Auslobung"), ferner hessischer Entwurf (199), bayr. Entwurf (II, 755) und sächs. BGB. § 771.

[1]) s. insbes. oben S. 52 f., wo auch die rechtliche Bedeutung der „Bewerbung" erörtert wird.

[2]) vgl. oben Anm. 42 zu § 6 S. 74.

[3]) a. a. O. S. 300.

[4]) a. a. O. S. 201.

um das Preisausschreiben zu einer der Auslobung gegenüber selbständigen Rechtsform zu erheben". Diese Ansicht ist auch im Bürgerlichen Gesetzbuch zum Ausdruck gelangt, denn § 661 spricht ausdrücklich von „Auslobungen", die eine Preisbewerbung zum Gegenstande haben.

Nach dem Gesetzestexte besteht die Besonderheit des Preisausschreibens darin, daß es eine Preisbewerbung zum Gegenstande hat. Wir selbst aber stellten bereits fest (o. § 5), daß bei ihm nach dem Willen des Auslobenden nicht schon die Vornahme der Handlung über die Entstehung des Schuldverhältnisses entscheidet, sondern daß dieses erst dann entsteht, wenn der Auslobende eine der vorgenommenen Handlungen als preiswürdig bezeichnet. Hieraus folgt aber, daß für das Preisausschreiben wesentlich ist die Stellung einer Aufgabe, die verschiedene und zwar mehr oder weniger gute Lösungen gestattet.[5]) Läßt deshalb die Aufgabe nur eine oder doch nur qualitativ vollkommen gleichartige Wiederholungen derselben Leistung zu, dann liegt kein Preisausschreiben im Sinne von § 661 vor, mag auch der Auslobende selbst sein Versprechen als solches bezeichnet haben. Vielmehr ist ein solches Versprechen eine gewöhnliche Auslobung im Sinne der §§ 657 bis 660, und die Sonderbestimmungen des § 661 können nur insoweit auf dieses Anwendung finden, als dies in der Auslobungserklärung selbst schon vorgeschrieben ist.

Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt nun aber in § 661 noch ein weiteres essentielles Erfordernis des Preisausschreibens auf, indem es bestimmt, daß ein solches nur gültig sei, wenn in der Bekanntmachung eine Frist für die Bewerbung bestimmt wird. [Daß unter Bewerbung im Sinne von § 661 nicht eine auf Annahme einer in dem Preisausschreiben etwa liegenden Offerte gerichtete Willenserklärung zu verstehen sei, haben wir oben bereits gesagt;[6]) unserer Ansicht nach ist dabei nur an die Vorlegung des Resultates der vorgenommenen Handlung oder an die Mitteilung von ihrer Vornahme zu denken, und beide Handlungen

---

[5]) vgl. hierzu den in Anm. 13 zu § 6 erwähnten Aufsatz von Heinsheimer „Zum Begriff Auslobung" und Planck, Komm. Anm. 3 zu § 661.

[6]) Oben S. 53 f.

haben, wie die Erbringung der preiszukrönenden Leistung selbst, lediglich tatsächliche Bedeutung.[6a])]

Aus dem Wortlaut des Gesetzes folgt, daß jedes Preisausschreiben nichtig ist, bei welchem es an Festsetzung einer Bewerbungsfrist mangelt. Es fragt sich, ob die in der Bekanntgabe des Preisausschreibens selbst unterbliebene Fristbestimmung im Wege besonderer Bekanntmachung nachgeholt werden kann. Wir meinen, daß dies unbedenklich bejaht werden darf, insbesondere in Erwägung der Gründe, die zur Aufstellung dieses Erfordernisses geführt haben. Nach den Motiven[7]) ergibt sich nämlich die Notwendigkeit einer Bewerbungsfrist bei dem Preisausschreiben um deswillen, weil sonst der Auslobende „stets noch auf ein besseres Werk warten und niemals genötigt werden könnte, unter den zur Bewerbung gestellten Leistungen die endliche Wahl zu treffen". Hiernach kann man es aber nicht für unbedingt erforderlich erachten, daß die Fristsetzung gleichzeitig mit der Auslobungserklärung erfolgen müßte, und wir sind deshalb überzeugt, daß auf die Worte „in der Bekanntmachung" ein besonderer Nachdruck nicht gelegt zu werden braucht.

Die Notwendigkeit einer Fristsetzung für die Bewerbung hat, da die Bewerbung die Vornahme der Handlung umfaßt, zur Folge, daß ein Preisausschreiben gemäß § 658 II im Zweifel unwiderruflich ist.[8])

Die Entscheidung darüber, welche von den verschiedenen Lösungen der gestellten Aufgabe oder ob überhaupt eine von ihnen preiswürdig sei, steht dem Willen des Auslobenden gemäß bei dem Preisausschreiben ihm selbst und nur dann dritten Personen zu, wenn er dies ausdrücklich in der Bekanntmachung erklärt hat oder wenn er nachträglich Bevollmächtigte mit Wahrnehmung seiner Befugnisse betraut. Denn selbstverständlich liegt auch hier kein höchstpersönliches Recht des Auslobenden vor, so daß dieser nicht gehindert ist, dessen Ausübung Stellvertretern zu übertragen und so daß es ferner auch seitens der Erben oder des gesetzlichen Vertreters wahrgenommen werden

[6a]) s. auch unten S. 103 a. E.

[7]) II S. 524.

[8]) Anm. 5 zu § 658 in Plancks Komm. II.

kann.[9]) Betraute der Auslobende schon in dem Preisausschreiben selbst Dritte mit der Preisentscheidung, oder tat er dies nachträglich im Wege besonderer öffentlicher Bekanntmachung, dann darf er selbst diese nur dann vornehmen, wenn die ernannten Preisrichter die Übernahme des Amtes ablehnen oder an dessen Ausübung verhindert werden.[10]) Denn andere Preisrichter zu ernennen ist er nicht verpflichtet, wennschon er dazu berechtigt ist, sofern solche durch Tod wegfallen sollten.[11])

Das Gesetz schweigt darüber, wie die Preisrichter und wie der Auslobende zu urteilen haben, und es wirft sich deshalb die Frage auf, ob sie nach freiem Ermessen oder der Billigkeit entsprechend oder etwa gar (dies betrifft die Preisrichter) dem Willen des Auslobenden gemäß ihr Gutachten abgeben sollen, Planck meint hierzu,[12]) daß sie als „Richter" nach Maßgabe der in der Auslobung aufgestellten Grundsätze zu entscheiden hätten, woraus dann folgen würde, daß sie im Zweifel doch nach billigem und unter Umständen sachverständigem Ermessen urteilen müssen. Nach § 661 Abs. II ist ihr Spruch jedenfalls für die Beteiligten verbindlich.

Zu den Beteiligten in diesem Sinne gehört nun aber der Auslobende selbst nicht, da auch hier wie im § 660 dabei nur an diejenigen gedacht ist, die sich um die Belohnung bemüht haben. Deshalb braucht sich der Auslobende einem Beschlusse der Preisrichter, den diese wider ihre Pflicht unbillig oder den im Preisausschreiben gegebenen Anweisungen ihres Auftraggebers entgegen gefaßt haben, nicht zu fügen, er kann diese vielmehr entweder auf Berichtigung ihres Beschlusses verklagen oder, indem er in ihrer Handlungsweise mit Recht eine Verweigerung des ihnen erteilten Auftrages erblickt, selbst den Spruch abgeben.[13])

---

[9]) vgl. Fischer a. a. O. S. 60; Oertmann a. a. O. § 661, 4b.

[10]) Oertmann ebenda.

[11]) Brummund a. a. O. S. 36 hebt hervor, daß er in anderen Fällen dazu nicht berechtigt sei.

[12]) Anm. 4 zu § 661; vgl. auch Fischer S. 61.

[13]) Die Klage würde überdies in vielen Fällen nicht unbedingte Aussicht auf Erfolg bieten, da hier die Zwangsvollstreckung — besonders mit

Auch im Falle des § 661 fordert Planck Einstimmigkeit mehrerer Preisrichter oder Auslobender[14]) und erörtert im Anschlusse daran die Frage, ob bei nicht zu erzielender Einstimmigkeit der § 319 II zu gelten hätte. Er verneint dies jedoch, weil für die Preisrichter und für den Auslobenden im Falle des § 661 die Analogie des „Dritten" in den §§ 317 bis 319 überhaupt nicht passe. In diesem letzten Punkte stimmen wir Planck zu, während wir im übrigen meinen, daß auch im Falle des § 661 in aller Regel Majoritätsbeschluß der vorhandenen Mehrheit genügen wird und daß bei nicht zu erzielender Einstimmigkeit der Preisrichter in den Fällen, wo diese doch erforderlich sein sollte, das Recht des Auslobenden, die Entscheidung zu treffen, wieder auflebt.

Die Entscheidung der Preisrichter ist ebenso wie die Entschließung des Auslobenden selbst eine empfangsbedürftige Willenserklärung.[16]) Daraus folgt selbstverständlich aber nicht, daß sie in Gegenwart aller Bewerber verlesen oder sonst bekannt gegeben werden müßte, wie dies Fischer glaubt, der sie aus diesem Grunde für nicht empfangsbedürftig erachtet.[17]) Wie im Falle des § 660 hinsichtlich der Verteilungserklärung des Auslobenden, so dürfte es endlich auch hier genügen, wenn die Entscheidung dem erfolgreichen Bewerber mitgeteilt wird.

Wie in § 660 ist aber des weiteren auch hier das Recht

Rücksicht auf etwa erforderliches Sachverständnis — wohl nach § 888 ZPO. zu erfolgen hätte.

[14]) vgl. dazu oben S. 83 f.

[15]) In den Fällen, wo mehrere Preisrichter vorhanden sind, dürfte wohl in aller Regel die Entscheidung durch Mehrheitsbeschluß dem Willen des Auslobenden entsprechen, denn dadurch, daß er drei oder noch mehr Preisrichter für erforderlich hält, bringt er u. E. deutlich zum Ausdruck, daß er sich der Schwierigkeit der Entscheidung bewußt ist und in Berücksichtigung gezogen hat, daß man über die Frage der Preiswürdigkeit in dem in Betracht kommenden Falle recht verschiedener Ansicht sein könne, und deshalb wird es nicht in seinem Sinne liegen, Einstimmigkeit der Entschließung zu fordern.

[16]) Planck II Anm. 4 Abs. 1 zu § 661; a. A. Oertmann, Schuldverh. § 661, 4 d. a. A.

[17]) a. a. O. S. 61.

des Auslobenden zur Entscheidung zugleich dessen Pflicht, und deshalb gilt, daß die Bewerber bei grundloser Weigerung des Auslobenden,[18]) eine Entscheidung zu treffen, gegen ihn im Wege der Klage vorgehen können. Zu berücksichtigen ist dabei freilich, daß der Auslobende seine Entscheidung hier ganz nach freiem Belieben, auch offenbar unbillig abgeben kann, und daß er deshalb auch nicht gehindert ist, alle Arbeiten für nicht preiswürdig zu erklären, ohne daß den Bewerbern dagegen ein Rechtsbehelf gegeben wäre.[19]) Ob es sich unter diesen Umständen empfehlen dürfte, die Klage überhaupt zu erheben, wird wohl in den meisten Fällen zu verneinen sein,[20]) trotzdem steht ihrer Erhebung an sich nichts entgegen. Die Zwangsvollstreckung würde hier, da es sich um eine Entschließung nach reiner Willkür handelt, nach § 888 ZPO. zu geschehen haben, so daß auch auf diesem Wege unter Umständen ein Erfolg ausgeschlossen ist.[21])

Zweifellos würde auch bei grundloser Weigerung des Auslobenden an sich eine Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung begründet sein, doch entbehrt auch diese jeder praktischen Bedeutung, da sich der Nachweis eines Schadens niemals wird erbringen lassen; denn der Auslobende hätte ja bestimmen können, was er wollte, und deshalb wird niemand

---

[18]) Daß bei Weigerung der Preisrichter der Auslobende zu entscheiden hat, wurde oben bereits gesagt, selbstverständlich haben die Bewerber gegen die Preisrichter keinen klagbaren Anspruch auf Abgabe eines Spruches.

[19]) vgl. Windscheid-Kipp, Pand. II S. 242, 7; Planck, Komm. II Anm. 4 zu § 661; Fischer a. a. O. S. 60.

[20]) Dernburg, Bürg. R. II, 2 S. 479 meint: „Auf Vornahme der Preisverteilung können die Bewerber nie gegen den Auslobenden klagen, denn . . . eine solche Klage wäre zwecklos." Dem möchten wir nicht zustimmen. Ob der Auslobende wirklich so weit gehen wird, überhaupt allen Leistungen die Preiswürdigkeit abzusprechen, würde zuweilen doch wohl zweifelhaft sein, er wird eher geneigt sein, die Entscheidung überhaupt zu verweigern, als einen unbilligen Spruch abzugeben.

[21]) Dies nämlich dann, wenn der Auslobende die zulässigen Zwangsmaßregeln erduldet. — Vielleicht könnte aber auch im vorliegenden Falle die Vollstreckung nach § 887 ZPO. erfolgen; vgl. zu dieser Frage insbes. die RGE. oben Anm. 13a zu § 8 S. 138.

beweisen können, daß der Preis gerade ihm hätte zuerkannt werden müssen.[22])

Gelangen die Preisrichter oder der Auslobende selbst zu der Überzeugung, daß mehrere Leistungen gleich preiswürdig sind, dann hat § 659 Abs. 2 zu gelten, so daß einem jeden Bewerber ein gleich großer Teil des Preises zuzusprechen ist. Bei Unteilbarkeit des Preises oder in den Fällen, wo nach dem bereits aus dem Preisausschreiben ersichtlichen Willen des Auslobenden nur ein Bewerber den ganzen Preis erhalten soll, hat Losentscheidung einzutreten (§ 661 III).

Im letzten Absatze des § 661 wird endlich noch hervorgehoben, daß der Auslobende nur dann von dem preisgekrönten Bewerber die Übertragung des Eigentums an dem Werke fordern kann, wenn er dies schon in der Auslobung bestimmt, wir sagten oben,[23]) wenn er dies ausdrücklich zur Bedingung für die Entstehung seiner Verpflichtung auf Gewährung des Preises gemacht hat.[24])

Daß dieser Anspruch mit der Zuerkennung des Preises entsteht, ist von uns auch bereits im § 5[25]) festgestellt worden. Den Beratungen der 2. Kommission[26]) ist zu entnehmen, daß von einer Seite der Antrag gestellt worden war, dies ausdrücklich im Gesetze hervorzuheben, die 2. Kommission sah jedoch von Einfügung eines entsprechenden Zusatzes ab, da im Zusammenhang mit allen übrigen Bestimmungen des Gesetzbuchs dies selbstverständlich erschien. Bei jener Gelegenheit wurde auch ausdrücklich hervorgehoben, daß bis zur Zuerkennung des Preises es jedem Bewerber freistehe, seine Bewerbung zurückzuziehen, woraus ohne weiteres ersichtlich ist, daß auch nach Ansicht der 2. Kommission in der Bewerbung durchaus nicht die Annahme einer angeblichen Auslobungsofferte erblickt werden darf (s. o.).

---

[22]) Planck, Komm. II Anm. 4 zu § 661.
[23]) S. 54.
[24]) Das gleiche bestimmte Art. 761 des bayr. Entw.
[25]) S. 54.
[26]) Prot. II S. 351.

Daß die Übertragung des Eigentums „an dem Werke“ im Zweifel die des geistigen Eigentums umfaßt, wird allseitig zugegeben.[27])

Daß endlich der Auslobende, da er die Entstehung des Preisanspruchs von beliebig vielen Bedingungen abhängig machen kann, von dem Bewerber auch die Eingehung weiterer Verpflichtungen in bezug auf das Werk fordern darf,[28]) ist gleichfalls von uns bereits erörtert worden,[29]) und hierzu sei am Schlusse noch erwähnt, daß in den Fällen, wo sich der Bewerber zur Eingehung einer Verbindlichkeit bereit zu erklären hat, die Bewerbung in der Tat eine Willenserklärung umfaßt und daß in diesen Fällen die Bewerbung im Hinblick auf das Preisausschreiben geschehen muß.[30]) Trotzdem wird die letztere auch unter diesen Umständen nicht zur Annahmeerklärung, da sie vielmehr, insoweit sie Willenserklärung ist, lediglich als Vertragsangebot[31]) erscheint, während sie im übrigen wie sonst von nur tatsächlicher Bedeutung ist.

---

[27]) Windscheid-Kipp, Pand. II S. 242, 7; Oertmann, Schuldverhältnisse § 661, 6 Abs. 2; Fischer a. a. O. S. 64.

[28]) Wir nannten oben im § 5 S. 54 die Verpflichtung, das im Grundrisse und nach den Plänen preisgekrönte Bauwerk auszuführen, und erwähnen hier noch die Verpflichtungen, die Einstudierung eines preiswürdig befundenen Festspieles zu überwachen, die Vervielfältigung des preisgekrönten Gemäldes zu gestatten u. a. m.

[29]) Oben S. 54.

[30]) Kuhlenbeck, BGB. Anm. § 661 behauptet mit Unrecht, daß allgemein in den Fällen des § 661 mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt werden müßte. Vgl. hierzu oben Anm. 6 zu § 5 S. 54.

[31]) vgl. auch hierzu oben S. 54

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.